

Cadernos

*da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo*

n. 6, 2017

Direitos Humanos **Sistema Interamericano de** **Proteção dos Direitos Humanos**

ISBN 978-85-92898-06-9



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

EDEPE Escola
da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo

©2017 EDEPE

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

n.6 - 2017 – ISSN 2526-5199

Defensor Público Geral

Davi Eduardo Depiné Filho

Defensor Público Diretor da EDEPE

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Defensores Públicos Assistentes da EDEPE

Bruno Vinicius Stoppa Carvalho

Rafael Folador Strano

Conselho Editorial

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Bruno Vinicius Stoppa Carvalho

Rafael Folador Strano

Diagramação e Projeto Gráfico

Laura Schaer Dahrouj

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE

Rua Líbero Badaró, 616 - 4º andar

CEP 01008-000 - São Paulo-SP

Tel.: (11) 3105-0919 - ramal 401

escola@defensoria.sp.gov.br

Todos os direitos reservados à Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos
Eloísa Machado de Almeida (Org.)
Carlos Weis (Org.)
Davi Quintanilha Failde de Azevedo (Org.)
Rafael Lessa Vieira de Sá Menezes (Org.)

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos

1ª edição

São Paulo
EDEPE - Escola da Defensoria Pública do Estado
2017



Este volume dos Cadernos foi apoiado pelo

**Núcleo Especializado de Cidadania
e Direitos Humanos**

Defensor Público Coordenador

Carlos Weis

Defensores Públicos Coordenadores Auxiliares

Rafael Lessa Vieira de Sá Menezes

Davi Quintanilha Failde de Azevedo

APRESENTAÇÃO DA SÉRIE

No exercício de sua missão constitucional de realizar a assistência jurídica gratuita aos necessitados (art. 134, da Constituição Federal), a Defensoria Pública veicula ao sistema de justiça realidades e pleitos até então inexplorados pela doutrina jurídica tradicional. Esta atuação peculiar, criativa e inovadora merece o respectivo registro.

Publicados pela Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE, os Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo pretendem concentrar a produção de conhecimento pautada pela vulnerabilidade dos usuários dos serviços de assistência jurídica gratuita, consolidando artigos, pesquisas, anais de eventos, dentre outras produções de Defensores/as Público/as e Servidores/as da Instituição.

Embora este caminho já tenha sido trilhado por outros atores e instituições, é certo que ainda se encontra em seus passos iniciais, de modo que a série ora apresentada pretende somar e contribuir para a construção de arcabouço de produção escrita que não apenas reproduza os institutos doutrinários clássicos, mas que inove e tenha como objetivo a consecução dos direitos da população vulnerável.

A série é dividida em onze áreas temáticas: 1. Cidadania e Direitos Humanos; 2. Ciências Penais; 3. Infância e Juventude; 4. Direito das Famílias e Sucessões; 5. Direito Processual e Litigância Estratégica; 6. Habitação e Urbanismo; 7. Direito das Mulheres; 8. Diversidade e Igualdade racial; 9. Direitos da Pessoa Idosa e da Pessoa com Deficiência; 10. Direito do Consumidor; 11. Questões Institucionais e Atuação Interdisciplinar.

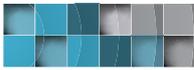
A EDEPE está à disposição para críticas e sugestões através do e-mail: escola@defensoria.sp.def.br



Sumário

Apresentação deste volume.....	7
A interpretação evolutiva dos Direitos Humanos pelas Cortes Internacionais.....	11
<i>Carlos Weis</i>	
Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: reflexões acerca dos seus limites, toldados pela soberania.....	29
<i>Wagner Giron de la Torre</i>	
Uma visão transconstitucional dos Direitos Fundamentais: uma perspectiva transconstitucional e a necessidade de observar a interpretação das Cortes Internacionais (Uruguay caso 12.553 Jorge, José y Dante Peirano Basso).....	43
<i>Fernando Rodolfo Mercês Moris</i>	
O Caso Gelman Vs. Uruguai e o Controle de Convencionalidade como obrigação de toda autoridade pública.....	60
<i>Davi Quintanilha Failde de Azevedo</i>	
A Interpretação Convencional do Duplo Grau de Jurisdição.....	70
<i>Bruno V. Stoppa Carvalho</i>	
O reconhecimento da presunção de inocência como regra de tratamento à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	80
<i>Wlamyr Gusmão Junior</i>	
O Caso Favela Nova Brasília: rumo ao controle e à auditabilidade do uso excessivo da força policial?.....	92
<i>Rafael Lessa Vieira de Sá Menezes</i>	
Caso Antônio Ferreira Braga Vs. Brasil, vedação à tortura: Análise com base nas teorias interna e externa dos Direitos Humanos Fundamentais.....	106
<i>Mônica de Toledo Thomazella</i>	

A justiça reparatoria em <i>Moiwana Vs. Suriname</i> : rumo ao dano ao projeto do pós-vida?.....	114
<i>Isabel Penido de Campos Machado</i>	
Análise do Caso <i>Artavia Murillo Vs. Costa Rica</i> e seu impacto sobre o direito ao aborto.....	129
<i>Andrea Castilho Nami Haddad Barreto</i>	
A influência religiosa em confronto com os direitos reprodutivos das mulheres perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.....	140
<i>Luciano Morgado Guarnieri</i>	
Nacionalidade e Direitos Humanos: as condenações da Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a República Dominicana num contexto de antihaitianismo.....	150
<i>Valéria Corrêa Silva Ferreira</i>	



Apresentação

O sistema interamericano de direitos humanos (SIDH) tem desempenhado um papel relevante para o respeito, a proteção e a realização dos direitos humanos na região.

Concebido para superar os limites da proteção de direitos fundamentais pelos estados nacionais, o SIDH tem representado, por vezes, a última – quando não a única – alternativa para o enfrentamento de graves, sistemáticas e persistentes violações a direitos humanos.

Tanto a Comissão (CIDH) como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) atuam para a ampliação da incidência das normas internacionais de direitos humanos e para a construção de parâmetros mínimos a serem observados pelos Estados-parte.

Ao longo dos anos, foram muitos os casos que ajudaram a criar novos padrões, obrigações e responsabilidades para com os direitos humanos. Com impacto direto no Brasil, podemos exemplificar o caso Maria da Penha, no qual a recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos impulsionou uma vasta mudança legislativa e a criação de políticas públicas de combate à violência doméstica; Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia), julgado pela Corte IDH, responsável pelo desbloqueio da jurisdição nacional às demandas de vítimas e familiares de vítimas da ditadura militar brasileira, uma vez que impôs ao Brasil o dever de investigar e punir os crimes de desaparecimentos forçados; caso Damião Ximenes, também da Corte IDH, que expôs as violências dos manicômios e a tortura praticada em casas de internação de pessoas com transtornos mentais, ajudando a fortalecer o Movimento de Luta Antimanicomial, que acabou por também por alterar profundamente o marco legal brasileiro. Outros tantos casos do SIDH, mesmo referentes a violações em outros Estados-parte, influenciaram as instituições e as leis brasileiras através da incorporação de seus parâmetros na elaboração de políticas públicas e demandas judiciais.

Ainda assim, é preciso reconhecer que o SIDH apresenta muitos limites para uma efetiva proteção dos direitos humanos na região. O mais aparente deles é a pouca capacidade operacional de dar conta de uma infinidade de casos – todos graves e urgentes – sobre as violações de direitos na região, desaguando em uma demora excessiva em muitos deles e na falta de transparência sobre a definição da agenda do SIDH. Essa crítica tem estimulado o SIDH a repensar seu papel, realocando sua função primordial na construção de padrões de respeito aos direitos humanos ao invés da solução de casos



concretos. Mas isso exigiria, também, a elaboração transparente e responsiva de uma agenda estratégica de casos e temas de direitos humanos caros à região.

Tampouco se pode ignorar a resistência dos Estados-parte em incorporar esses padrões e dar efetividade às decisões da CIDH e da Corte IDH. Especificamente em relação ao Brasil, a ausência de uma legislação adequada de implementação das recomendações e decisões do SIDH, indicando procedimentos e os responsáveis pelo seu cumprimento, faz com que elas dependem do voluntarismo de instituições públicas ou organizações não governamentais para que surtam alguma mudança interna.

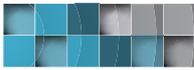
Ademais, há muito já se faz a crítica da dificuldade dos tribunais nacionais em incorporar em suas fundamentações não só o texto dos tratados internacionais de direitos humanos mas, também, sua interpretação pelos órgãos do SIDH.

Mesmo com todas essas limitações, o que se tem observado no Brasil é um incremento da relevância das decisões do SIDH para a jurisdição nacional e muito disse se deve à transformação da prática jurisdicional de seus atores. É aqui que merece destaque a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que vem continuamente incorporando as decisões e as normas do SIDH em suas petições e na sua prática.

Foi pensando em colaborar com esse movimento e contribuir para o aperfeiçoamento do SIDH e, conseqüentemente, da proteção dos direitos humanos na região, que o Programa de Pós Graduação *lato sensu* da FGV Direito SP (GVLaw) e a Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo EDEPE criaram, em uma parceria inédita¹, o curso de pós graduação *lato sensu* em Direitos Humanos e Acesso à Justiça, concebido cuidadosamente por ambas as instituições para oferecer uma experiência de aprendizagem distinta a defensores e defensoras. Sob minha coordenação acadêmica, o curso de Direitos Humanos e Acesso à Justiça foi criado para permitir aos alunos visão integrada do direito, oferecendo recortes inovadores de aprofundamento em temas considerados, por ambas as instituições, essenciais à formação de defensores e defensoras em direitos humanos.

Entre 2015 e 2017, foram apresentadas as disciplinas de Teoria de Direitos Humanos e Fundamentais, ministrada por mim; Criminologia e Direitos Humanos,

¹ São muitos os agradecimentos a serem feitos a todos que colaboraram para a realização desse curso, em ambas as instituições. Deixo uma especial obrigada à EDEPE: Glauber Callegari, Tiago Augusto Bressan, Danilo Mendes Silva de Oliveira, Mônica de Melo e Cristina Guelfi, entusiastas da parceria e responsáveis pela sua concretização. Agradeço, também, aos membros da atual gestão da EDEPE (2017) por essa publicação. No Programa de Pós Graduação *lato sensu* da FGV Direito SP, concentro os agradecimentos na figura de seu diretor, Emerson Fabiani, sem o qual essa parceria não teria sido possível.



ministrada pelo Prof.º Riccardo Cappi; Execução Penal, sob responsabilidade da Prof.ª Máira Zapater; Teorias da Igualdade, ministrada pela Prof.ª Catarina Barbieri; Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ministrada pelo Prof.º Salomão Ximenes; Processo Civil Coletivo, sob responsabilidade do Prof.º Vitor Burgo; Desenvolvimento Econômico e Social, ministrada pela Prof.ª Luciana Ramos; Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos, sob responsabilidade das professoras Daniela Gabbay e Maria Cecília Asperti; além de Metodologia, ministrada pela Prof.ª Juliana Palma, e Orientação para elaboração de Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) que contou com a colaboração, além dos professores já mencionados, das professoras Flávia Scabin e Carolina Cutrupi. O curso contou com a essencial colaboração da monitora Louise Araújo, estudiosa de direitos humanos. A todos e todas sou imensamente grata por se engajarem, comigo, nesse projeto coletivo.

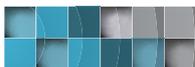
Essa publicação reúne os artigos escritos por defensoras e defensores, como avaliação final da disciplina de Teoria dos Direitos Humanos e Fundamentais. A proposta feita – e agora materializada nessa publicação - foi a produção de artigos analisando diferentes aspectos do SIDH, suas decisões, seu procedimento, tendências jurisprudenciais ou mesmo seu desenho institucional. O resultado não poderia ser melhor: artigos excelentes, escritos por defensores e defensoras comprometidos com a proteção dos direitos humanos na região, debatidos com a comunidade em um grande seminário, ocorrido ainda em novembro de 2015, na sede da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Espero que estes estudos sejam aproveitados para a construção de instituições melhores e maior respeito aos direitos humanos no Brasil. Boa leitura!

Eloísa Machado de Almeida

Coordenadora do Curso Direitos Humanos e Acesso à Justiça

Professora FGV Direito SP



A interpretação evolutiva dos Direitos Humanos pelas Cortes Internacionais

The evolutive interpretation of Human Rights by the International Courts

Carlos Weis

Defensor Público do Estado de São Paulo / DPE-SP

cweis@defensoria.def.sp.br

Resumo

Este artigo visa estudar o surgimento e desenvolvimento da noção segundo a qual os tratados componentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos são instrumentos vivos, cujo conteúdo e alcance modifica-se e amplia-se com o passar do tempo, de acordo com as condições de vida dos dias atuais. Para tanto, analisa a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, apontando os distintos caminhos hermenêuticos que cada qual construiu através de seus sucessivos julgados. Assim, enquanto a Corte Europeia busca encontrar no “consenso europeu” os elementos para a reformulação dos conceitos da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, sua contraparte Interamericana dirige-se aos valores universais, valendo-se também de outros tratados, além da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, para chegar a novos conceitos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Jurisprudência internacional. Interpretação evolutiva.

Abstract

This article aims at studying the emergence and development of the idea according to which treaties that form the International Law of Human Rights are understood by the courts as “living instruments”, whose scope and content modify over time, in accordance with present-day conditions. Therefore, it provides an analysis of the case-law from both the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, pointing out to the distinctive hermeneutic tracks each of them advanced by their successive decisions. Accordingly, while the European Court sought to find in the “European consensus” the elements to reformulate the original meaning of the European Convention wordings, its Inter-American counterpart moves towards Universal values, as much as employs other treaties besides the American Convention on Human Rights itself to reach out new concepts.

Keywords: Human Rights. International case-law. Evolutive interpretation.



1. A construção do conceito de interpretação evolutiva

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH), desde sua instalação em 1959 e depois de sua reformatação pelos Protocolos 11 e 14 à Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (CEDH) tem desenvolvido valiosos conceitos e métodos de interpretação necessários para garantir que a Convenção seja “prática e efetiva”, nos termos do assentado no caso *Airey v. Ireland*: “A Convenção é destinada a garantir, não direitos que sejam teóricos ou ilusórios, mas direitos que sejam práticos e efetivos”.¹

Como observado por MORAWA:

Os julgamentos seguem uma longa tradição da Corte: Ela colocou à sua própria disposição um jogo flexível de ferramentas interpretativas e as usa criativamente. De forma proeminente entre elas figura a “abordagem dinâmica”, também referida como “interpretação evolutiva” ou “paradigma do “instrumento vivo” pela doutrina relevante.²

A concepção da CEDH como um instrumento vivo refere-se muitas vezes à noção de “Consenso Europeu” de modo a justificar os novos significados que a Corte atribui aos direitos estabelecidos em 1950 e para prover à própria Corte de um caminho seguro ao decidir o escopo do conceito novo ou revisto. Além disso, a própria ideia da existência de um consenso entre os Estados Partes à CEDH decorre da natureza consensual do Direito Internacional Público, funcionando como um meio para responder a algumas questões sobre a legitimidade da Corte para tomar decisões inovadoras.

1.1 O desenvolvimento do paradigma do “instrumento vivo”

1.1.1 A “antiga” Corte Europeia de Direitos Humanos

“A Corte deve também lembrar que a Convenção é um instrumento vivo que, como a Comissão ressaltou, deve ser interpretado à luz das condições atuais”. Esta frase icônica foi forjada no julgamento paradigmático do caso *Tyrrer v. The United Kingdom*, em 25 de abril de 1978, situação que envolvia a aplicação de uma pena corporal em um adolescente, consistente em três chibatadas em suas nádegas deferidas por um policial em cumprimento de uma ordem judicial exarada na Ilha de Man. A vítima, acompanhada por seu pai, teve que se curvar sobre uma mesa, abaixar as calças, sendo segura por dois policiais enquanto o terceiro desferia os golpes.

O caso foi levado à Corte pela então existente Comissão Europeia de Direitos Humanos, a qual entendeu que a pena em questão era degradante e, portanto, violava o artigo 3º da CEDH. O Estado, por sua vez, sustentava que a punição esta prevista em lei, promulgada pelo parlamento da Ilha de Man, um dos mais antigos da Europa. Além disso, esse tipo de punição era apoiado por cerca de 70% da população local com direito a voto de modo que ela não consistia um ultraje para a opinião pública local.



Ao avaliar a violação ao citado artigo terceiro, a Corte avançou na discussão sobre a definição de tortura e dos tipos de punições proscritas, ocasião em que, cunhando a frase acima referida, afirmou que ela não podia senão ser influenciada pelos “desenvolvimentos e padrões comumente aceitos na política criminal dos Estados membros do Conselho da Europa” no tema em questão.

Também é interessante notar que a primeira referência à ideia de que a CEDH é um instrumento vivo veio à luz na decisão sem que fossem apresentados, na sentença, embasamentos teóricos ou empíricos que sustentassem a formulação, sobre o que MOMBRAY pondera que:

Críticos ao ativismo judicial podem, adequadamente, alegar que a Corte, em *Tyrer*, apresentou pouca justificação ou elaboração sobre a doutrina do “instrumento vivo”. No entanto, a Corte geralmente evita teorizações abstratas e prefere a evolução progressiva de seus princípios. Mesmo assim, e dado o benefício da visão retrospectiva, como a doutrina se tornaria a base de uma considerável criatividade judicial, teria sido benéfico se a Corte em *Tyrer* tivesse avançado sobre as razões para a sua adoção como uma tal doutrina.³

Sobre a regra das “condições dos dias de hoje”⁴, LETSAS observa que:

Nas mãos da Corte Europeia de Direitos Humanos, a ideia de instrumento vivo possui três características principais. Primeiro, a Corte toma em consideração as “condições dos dias de hoje” como um importante fator de interpretação da Convenção; ela raramente vai inquirir sobre o que seria uma conduta aceitável do Estado quando a Convenção foi elaborada, ou quais os direitos que os redatores da Convenção intencionavam proteger. Segundo, os padrões atuais que a Corte leva em consideração devem ser, de alguma maneira, partilhados pelos Estados partes... Terceiro, a Corte não vai dar importância decisiva àquilo que o Estado demandado (sejam suas autoridades ou a opinião pública) considere como aceitável no caso em questão.⁵

O próximo caso relevante, decidido pouco tempo após *Tyrer* foi *Marckx v. Belgium* (13 de junho de 1979), o qual se referia ao reconhecimento de um filho “ilegítimo” pela mãe algum tempo depois do nascimento. Ocorre que, diferentemente de outros países europeus, a Bélgica não reconhecia o princípio “*mater semper certa est*”, o que levou à violação dos direitos ao respeito à vida familiar e privacidade (artigo 8º) e a proibição da discriminação (artigo 14). Embora a Corte não tenha repetido a fórmula acima referida, avançou ao claramente mostrar quais os paradigmas legais de outros Estados utilizados para a decisão.

Em seguida sobreveio o histórico caso *Dudgeon v. the United Kingdom* (22 de outubro de 1981), que lidava com a criminalização da homossexualidade na Irlanda do Norte. Como em *Tyrer*, a Corte teria que decidir se a legislação local, que presumivelmente estava de acordo com as crenças religiosas da sociedade local, interferia nas liberdades fundamentais do demandante.

A Corte entendeu que a lei da Irlanda do Norte tinha de fato violado o direito à privacidade prevista no artigo 8º da CEDH. Ao assim ponderar, a decisão escorou-se amplamente na mudança de abordagem da homossexualidade em outros países do Reino Unido e em outros Estados partes do Conselho da Europa (CE) como uma forma de medir a existência das condições dos dias atuais, de acordo com as quais a CEDH deve ser interpretada.



Novamente, a Corte não empregou expressamente a fórmula do instrumento vivo, malgrado o arrazoado da decisão ser claro ao usar o desenvolvimento da legislação doméstica dos países europeus para permitir uma compreensão mais abrangente do direito à privacidade, de modo a incluir o comportamento homossexual consentido entre homens adultos.

Alguns anos após, a Corte decidiu o que seria considerado um caso paradigmático em sua jurisprudência, de *Soering v. the United Kingdom* (7 de julho de 1989), no qual a Corte teve que enfrentar a questão da pena de morte, que seria aplicada pelos Estados Unidos da América no demandante, caso o Reino Unido o extraditasse para aquele país.

Além da interessante discussão relacionada ao mérito (e a admirável solução alcançada pela Corte em conectar os artigos 2º e 3º da CEDH), o caso também é relevante para o presente estudo, pois a decisão empregou a regra do instrumento vivo para permitir uma interpretação muito mais ampla dos artigos em questão. De fato, a Corte analisou o artigo 2º tendo em conta o Protocolo nº 6 à CEDH, relativo à abolição da pena de morte em tempo de paz, que havia sido aberto para assinatura aos países membros do CE por volta de seis anos antes do julgamento.

Na visão da Corte, tal fato indicava “a ausência de objeção (ao Protocolo) por parte dos Estados membros da Organização”, significando que existia um consenso contra a aplicação da pena de morte na região. O que é curioso sobre tal raciocínio é o fato de que o Estado demandado (o Reino Unido) não estava entre os treze Estados que haviam ratificado o protocolo até aquela data, o que não evitou a Corte de indiretamente fazê-lo aplicável também para o Estado. Em outras palavras, a CtEDH, embora negando a existência de uma proibição absoluta à pena de morte, pelo fato de os Estados terem decidido editar um protocolo a respeito do assunto, reconheceu que havia uma tendência naquela direção, mesmo tendo em vista de o Estado demandado não ter ratificado o documento até a data do julgamento.

Ao chegar a uma solução de compromisso em relação à questão da pena de morte, a Corte, por um lado, declarou a existência da abolição “de facto” da pena capital na Europa ocidental enquanto, por outro, avaliou que “apesar do caráter especial da Convenção (...), o artigo 3º não pode ser interpretado como proibindo a pena de morte em geral”, o que é considerado um exemplo de autolimitação judicial da Corte.

De fato, a Corte Europeia também utilizou a fórmula do instrumento vivo para negar a ocorrência de violações à CEDH, ao avaliar a existência, ou não, de consenso estabelecido sobre a questão em exame. Como um exemplo, a Corte decidiu alguns casos relativos à hipótese de a CEDH prover os transexuais do direito de ter trocada a sua identidade civil depois de ser submetidos a intervenção cirúrgica (com reflexo sobre outras áreas do direito, como casamento, filiação, privacidade e proteção de dados), o que foi epitomado pelo caso *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, decidido em 30 de julho de 1989.

Referindo-se a casos similares prévios, a Corte observou que:

ainda remanesce incerteza sobre a natureza essencial do transsexualismo e ao fato de que a legitimidade da intervenção cirúrgica em tais casos é às vezes questionada... Quanto aos desenvolvimentos legais da Corte...ainda não houve amplo consenso entre os Estados membros em como lidar com a questão legal complexa resultante da mudança de sexo... Para a Corte, ainda



continua a ser o caso de o transexualismo levantar questões científicas, legais, morais e sociais complexas, a respeito das quais não há aproximação geralmente aceita entre os Estados contratantes.

O último caso relevante decidido pela “antiga” Corte Europeia de Direitos Humanos em relação ao “instrumento vivo”, foi *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, decidido em 23 de março de 1985.

Naquela ocasião, a Corte declarou, uma vez mais, que “a Convenção é um instrumento vivo que deve ser interpretado à luz das condições dos dias atuais”, o que está “firmemente enraizado em sua jurisprudência”. Mas a Corte foi além, ao introduzir um novo conceito, de acordo com o qual:

Tal aproximação... não está restrita às regras substantivas da Convenção, mas também se aplica àquelas regras, como as dos artigos 25 e 46, as quais governam a operação do mecanismo de cumprimento da Convenção. Decorre que essas regras não podem ser interpretadas somente de acordo com as intenções de seus autores, como expressado mais de quarenta anos atrás... Acresce que o objeto e o propósito da Convenção como um instrumento para a proteção dos seres humanos individuais requer que suas regras sejam interpretadas e aplicadas de modo a tornar suas salvaguardas práticas e efetivas.

Desta forma, a Corte não só expandiu a fórmula do instrumento vivo para engolfar o funcionamento do “mecanismo de cumprimento”, mas o fez ao se fiar, não em alguma forma de consenso, mas nos objetivos que devem guiar o funcionamento do sistema europeu de direitos humanos, de forma a causar consequências práticas e efetivas nas vidas das vítimas. Assim, a Corte se referiu aos artigos 31 e 44 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados para afirmar que ela tinha jurisdição (*ratione loci*) sobre o caso.

Tal abordagem, no entanto, não era nova, mas em verdade derivava do caso *Golder v. the United Kingdom* (21 de fevereiro de 1975), no qual a Corte se referiu à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (sequer em vigor naquela época) para interpretar que os artigos 6º e 8º da CEDH haviam sido violados pelo Estado demandado.

Finalmente, *Loizidou* foi importante pois a Corte reconheceu o caráter especial da Convenção como um instrumento da ordem pública (*ordre public*) europeia para a proteção dos seres humanos individuais e sua missão, como estabelecido no artigo 19, de “garantir os compromissos assumidos pela Altas Partes Contratantes.”

Ao comentar os primeiros casos nos quais a Corte caracterizou a Convenção como instrumento vivo, LETSAS⁶ vislumbrou um padrão comum baseado em quatro observações:

Primeiro, a Corte é convidada a decidir sobre uma questão que é moralmente sensível ao Estado representado: punição corporal, crianças nascidas fora do casamento, homossexualidade. Segundo, a Corte reconhece a relevância do clima moral prevalecente dentro do Estado demandado para a interpretação da Convenção. Terceiro, a corte recorre a desenvolvimentos mais amplos do Conselho da Europa como um contrapeso ao clima moral prevalecente no Estado demandado. E quarto, a Corte examina um número de considerações substantivas que não se relacionam à moral prevalecente ou aos padrões do Conselho da Europa. Ao revés, ela se refere diretamente ao propósito do direito protegido e por que os atos governamentais não chegam a servir a tal propósito no caso em questão.



2.2 A “nova” Corte Europeia de Direitos Humanos

A profunda reformulação da Corte Europeia de Direitos Humanos trazida pelo Protocolo 11 à Convenção Europeia, provendo os indivíduos de acesso direto à Corte, e causando a extinção da Comissão Europeia de Direitos Humanos, também afetou o desenvolvimento da fórmula do instrumento vivo, começando pelo caso *Selmouni v. France* (28 de julho de 1999), no qual a Corte reavaliou suas prévias decisões em relação à tortura e aumentou o padrão de proteção dos direitos humanos, enfatizando que não apenas a Convenção era um instrumento vivo, mas adotando a visão que “o crescente alto padrão requerido na área de proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais correspondentes inevitavelmente requer maior firmeza na avaliação de rupturas aos valores fundamentais das sociedades democráticas”.⁷

Comentando essa decisão, MOWBRAY observou que:

Embora a corte não tenha feito uma ligação direta, ela notou a entrada em vigor, em 1987, da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes das Nações Unidas em parte anterior do julgamento e nós podemos especular que este foi um fator no reconhecimento de padrões contemporâneos mais elevados de comportamento oficial... Portanto, o julgamento em *Selmouni* revela que a doutrina do “instrumento vivo” pode ser usada pra atualizar a aplicação dos direitos da Convenção para refletir elevadas expectativas modernas dos Estados membros.

A propósito, analisando o uso de referências universais de direitos humanos pela Corte Europeia de Direitos Humanos, de modo a expandir o âmbito do consenso por ela referido para amparar sua inovadora jurisprudência, destaca KILLANDER⁸:

No caso *Cruz Varas e Outros contra Suécia* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1991), a Corte Europeia analisou as medidas cautelares adotadas pela Comissão Europeia, consideradas não vinculantes em função de suas regras de procedimento, embora os Estados membros “cumpram quase em totalidade” as medidas cautelares emitidas pela Comissão. Quando a questão das medidas cautelares de uma das seções da Corte (depois que a Comissão fora extinta em 1998) foi para a decisão final no caso *Mamatkulov e Askarov contra Turquia* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2005a, § 110), o Tribunal Pleno concluiu, ao analisar o presente caso, que a Corte também levará em consideração princípios gerais de direito internacional e a opinião de outros órgãos internacionais sobre esta questão emitidas após o caso *Cruz Varas e Outros*”.

Levou muitos anos desde *Sheffield and Horsham* para que a Corte mudasse seu ponto de vista em outra questão sensível, se o Estado tinha o dever, sob o artigo 8º da CEDH, de reconhecer a nova identidade de gênero de transexuais pós-operados e de alterar os registros públicos de acordo, o que ocorreu na proeminente decisão adotada no caso de *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, em 11 de julho de 2002.

Neste caso, embora reconhecendo que ainda não existia consenso científico sobre as causas do transexualismo, nem uma abordagem comum sobre a questão nos quarenta e três Estados Contratantes (“com amplamente diversos sistemas jurídicos”), a Corte optou por abandonar o método de consenso europeu em favor de uma vaga tendência de evolução, às



vezes sem a explanação adequada ou evidências empíricas que embasaram a sua opinião. Nessa linha, LETSAS observa que “em efeito a Corte apenas afrouxou seu teste pela existência de um padrão comum contemporâneo.”⁹

Os casos seguintes viram a Corte procurando em diferentes fontes do Direito Internacional os fundamentos para suas decisões, inobstante o fato de sua verificação ser apenas no chamado “soft law”¹⁰ e sua natureza não-vinculante em relação aos Estados demandados, como no caso de *Demir and Baykara v. Turkey*, onde ela declarou que:

A Corte, ao definir o significado de termos e noções no texto da Convenção, pode e deve levar em consideração elementos de direito internacional outros do que a Convenção, a interpretação desses elementos pelos órgãos competentes e a prática dos Estados europeus refletindo seus valores comuns. O consenso emergente dos instrumentos internacionais especializados e da prática contínua dos Estados Contratantes podem constituir uma consideração relevante para a Corte quando ela interpreta as normas da Convenção em casos específicos.

No mesmo julgamento, a Corte evidenciou seu novo paradigma ao recordar a formulado instrumento vivo e enfatizar que “é apropriado lembrar que a Convenção é um instrumento vivo que deve ser interpretado à luz das condições dos dias atuais, e de acordo com os desenvolvimentos no direito internacional, de modo a refletir o crescente padrão elevado requerido na área de proteção dos direitos humanos, assim requerendo mais firmeza na avaliação de ruptura dos valores fundamentais de sociedades democráticas.”

De acordo com isso, parece possível estabelecer ao menos quatro características do conceito de instrumento vivo, quais sejam, as condições dos dias atuais, crescente padrão elevado, maior firmeza na avaliação de ruptura, e valores fundamentais nas sociedades democráticas.

Enquanto em *Demir and Baykara* a Corte alargou o escopo de regra de liberdade de expressão da CEDH, em *Rantsev v. Cyprus and Russia* ela foi além para entender que o tráfico humano, mesmo que não referido pela Convenção, significa uma violação ao tratado, pois ele não pode “ser considerado compatível com uma sociedade democrática e os valores expostos na Convenção.”

Em casos subsequentes a Corte reforçou essa nova aproximação ao dar menos importância ao paradigma do consenso europeu em favor de objetivos e valores incorporados na Convenção e no Direito Internacional dos Direitos Humanos como um todo.

De acordo com isso, em *Hirst v. the United Kingdom*, de 2005, a Corte entendeu que o Estado demandado tinha violado a Convenção ao impor uma restrição abrangente ao voto de pessoas condenadas “independentemente da duração de suas sentenças e sem considerar a natureza ou gravidade de suas violações e suas circunstâncias individuais. Uma restrição de tal forma geral, automática e indiscriminada sobre um direito vitalmente importante da Convenção deve ser vista como recaindo fora de qualquer margem de apreciação¹¹ aceitável, não importando quão ampla esta margem possa ser, e como sendo incompatível com o artigo 3º do Protocolo Nº 1.”



desta forma, especialmente ao ceder ao Estado demandado uma maior margem de apreciação sobre a matéria em questão (v.g. *Schalk and Kopf v. Austria* e *Lautsi v. Italy*).

De toda forma, essa é a exceção, não a regra geral, como sustentado por LETSAS¹²:

Em suma, a nova Corte se afastou de colocar peso decisivo na ausência de consenso entre os Estados contratantes e de tratar isso como o limite último a respeito de quão longe ela pode expandir o significado e escopo dos direitos da Convenção. A nova Corte trata a CEDH como um instrumento vivo ao procurar por *valores comuns* e *consenso emergente* no direito internacional. Ao fazê-lo ela frequentemente sobe o padrão dos direitos humanos acima do que a maioria dos Estados contratantes atualmente oferecem. Ela raciocina principalmente ao focar na substância do caso e por colocar o ônus nos Estados demandados de prover razões robustas para interferir em aspectos centrais dos direitos da Convenção.

Outro caso interessante no qual o conceito de instrumento vivo foi empregado para entender o Estado demandado como não violador da Convenção é *Öcalan v. Turkey*, mas o resultado veio por um caminho completamente diferente de outros casos como *Pretty v. the United Kingdom*, por exemplo.

A questão era relativa à aplicação da pena de morte contra o Sr. Öcalan, que tinha sido ilegalmente detido no Quênia e levado à Turquia para enfrentar um julgamento. O peticionário sustentava a existência de consenso na Europa em direção da incompatibilidade da pena de morte com o direito à vida, como previsto pelo artigo 2º da CEDH.

Em suas razões de decidir, a Corte de fato reconheceu a existência de uma tendência nos países europeus contra a pena capital mas, tendo em conta a recente abertura para assinatura do Protocolo nº 13 à CEDH, relativa à abolição da pena de morte em qualquer circunstância, “os Estados contratantes decidiram pelo método tradicional de emenda ao texto da Convenção no que concerne à sua política de abolição”, o que impediu a Corte de entender pelo que havia sido estabelecido na prática dos Estados contratantes em relação à implementação da pena de morte, como tratamento desumano ou degradante contrário ao artigo 3º da Convenção, pois nenhuma derrogação pode ser feita em relação a essa norma, mesmo em tempo de guerra.

A respeito, comenta MOMBRAY¹³:

Portanto, a Corte não invocaria a doutrina do “instrumento vivo” para atualizar a interpretação da Convenção com padrões contemporâneos em que a norma relevante se insira no âmbito de um Protocolo à Convenção. Em tais circunstâncias, o ímpeto pela evolução foi assumido pelos próprios Estados. A Corte estaria claramente ultrapassando os poderes dos Estados membros de elaborar sua política pública se ela tentasse contornar o processo de emenda da Convenção ao interpretar o texto existente para alcançar desenvolvimentos similares dos direitos e liberdades da Convenção.

De fato, esta decisão levantou a questão da legitimidade da Corte para interpretar a Convenção de forma a expandir os significados dos direitos e liberdades originais, ou mesmo criar novos direitos a partir da redação original estabelecida em 1950.

Neste sentido, a CtEDH já estabeleceu que, em matéria de políticas gerais (*general policy*), nas quais as opiniões no interior de uma sociedade podem diferir grandemente, ao papel dos elaboradores locais das políticas públicas deve ser dado um peso especial (ver *James and Others v. the United Kingdom*, julgamento de 21 de fevereiro de 1986)



Finalmente, é importante mencionar que a Corte se absteve de levar a interpretação criativa a ponto de reconhecer na CEDH direitos que não foram sequer mencionados pelo texto original, como em *Hatton v. the United Kingdom*, quando a Grande Câmara decidiu que não houve violação ao artigo 8º da CEDH em relação a questões ambientais, muito embora tenha entendido a ocorrência de violação a outros artigos da Convenção.

De fato, em sua interpretação criativa, a Corte tem se dedicado à matéria ambiental, mas sempre pela via indireta, ou seja, pela violação a outros direitos anteriormente previstos no texto da Convenção, como o direito à vida, à intimidade ou ao equilíbrio a ser alcançado entre os direitos individuais e os interesses coletivos.¹⁴

1.2 A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), em evidente diálogo com sua análoga Corte europeia, referiu-se diversas vezes à doutrina do instrumento vivo, a começar por sua jurisdição consultiva, nos Pareceres Consultivos¹⁵ OC-10/89, de 14 de julho de 1989 e OC-16/99, de 1º de outubro de 1999.

Na primeira, do ano de 1989, a CtIDH discorreu sobre a interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, 1948), valendo-se *en passant* do paradigma da interpretação evolutiva para, de certa forma, contornar a natureza não vinculante conferida àquele documento internacional ao tempo em que foi erigido e reconhecer-lhe força cogente diante de sua interpretação conjunta com a Carta da Organização dos Estados Americanos.

Já na OC-16/99, a Corte Interamericana enriqueceu em muito sua compreensão sobre a matéria, estabelecendo que “ao dar interpretação a um tratado não apenas são tomados em conta os acordos e instrumentos formalmente relacionados a este (inciso segundo do artigo 31¹⁶), mas também o sistema dentro do qual se inscreve (inciso terceiro do artigo 31).”

Neste sentido, como na OC-10/89, invocou seminal manifestação da Corte Internacional de Justiça, nos seguintes termos:

[...] a Corte deve tomar em consideração as transformações ocorridas no meio século seguinte, e sua interpretação não pode deixar de tomar em conta a evolução posterior do direito [...]. Ademais, um instrumento internacional deve ser interpretado e aplicado no marco do conjunto do sistema jurídico vigente no momento em que se realiza a interpretação. No domínio do que se refere o presente processo, os últimos cinquenta anos [...] trouxeram uma evolução importante. [...] Neste domínio, como em outros, o *corpus juris gentium* se enriqueceu consideravelmente e a Corte não pode ignorá-lo para o fiel desempenho de suas funções.¹⁷

Como se vê, a Corte Interamericana adotou o entendimento da CIJ, anterior mesmo aos precedentes europeus, para ressaltar seu valor em relação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, “que avançou muito por meio da interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção.” Aduziu, ainda, importante observação quanto à origem da



interpretação evolutiva para localizá-la “nas regras gerais de interpretação dos tratados consagradas na Convenção de Viena de 1969”.

Fazendo referência à OC-10/89 e à jurisprudência da CtEDH, reiterou que “os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem de acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais.”

Já no uso de sua jurisdição contenciosa, a Corte Interamericana utilizou-se da fórmula em diversos julgados, como os que se seguem.

O paradigma em relação à questão é o famoso *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala* (sentença de 19 de novembro de 1999 – fundo), portanto do mesmo ano em que a Corte emitiu a OC-16.

Como se sabe, o caso girava em torno do terrível assassinato de meninos de rua, de modo que a Corte fez uso de suas construções anteriores para decidir o caso com base não só na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas conjugando-a com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, 1948) e a Convenção dos Direitos da Criança (ONU, 1989), isto é, utilizou-se da regra de interpretação prevista no artigo 31 da CVDT de modo que, para interpretar a CADH tomou em conta os acordos e instrumentos formalmente relacionados a esta e também o sistema dentro do qual ele se inscreve.

Disse a Corte, na ocasião:

194. Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.

195. La Convención sobre los Derechos del Niño contiene diversas disposiciones que guardan relación con la situación de los “niños de la calle” que se examina en este caso y pueden arrojar luz, en conexión con el artículo 19 de la Convención Americana, sobre la conducta que el Estado debió haber observado ante la misma.¹⁸

Porém, foi no Voto Concordante conjunto dos Juízes A.A. CANÇADO TRINDADE e A. ABREU BURELLI que a interpretação evolutiva foi manejada com excelência para alargar o conceito de “vida” estabelecido no artigo 4º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a fim de englobar o que se passou a conceituar como “projeto de vida”, indo muito além da mera preservação da vida biológica para estabelecer a obrigação de o Estado, em face da real situação de existência de vastas camadas sociais, fornecer-lhes oportunidade que não a de mera sobrevivência, como segue:

5. La Corte Interamericana ha señalado, tanto en la presente Sentencia (párr. 193), como en su 16a. Opinión Consultiva, sobre El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal (1999), que la interpretación de un instrumento internacional de protección debe “acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”, y que dicha interpretación evolutiva, consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados, ha contribuido decisivamente a los avances del Derecho Internacional de los



6. Nuestra concepción del derecho a la vida bajo la Convención Americana (artículo 4, en conexión con el artículo 1.1) es manifestación de esta interpretación evolutiva de la normativa internacional de protección de los derechos del ser humano. En los últimos años, se han deteriorado notoriamente las condiciones de vida de amplios segmentos de la población de los Estados Partes en la Convención Americana, y una interpretación del derecho a la vida no puede hacer abstracción de esta realidad, sobre todo cuando se trata de los niños en situación de riesgo en las calles de nuestros países de América Latina.

7. Las necesidades de protección de los más débiles, - como los niños en la calle, - requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna. De ahí la vinculación inexorable que constatamos, en las circunstancias del presente caso, entre los artículos 4 (derecho a la vida) y 19 (derechos del niño) de la Convención Americana, también articulada por la Corte en los párrafos 144 y 191 de la presente Sentencia.

8. Creemos que el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana.

Dois anos após, a Corte sentenciou em outro caso de referência em sua rica jurisprudência, ora envolvendo os direitos dos povos indígenas, denominado *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, em que a Corte novamente mostrou-se inovadora, reconfigurando o conteúdo do direito de propriedade privada (estabelecido no artigo 21 da CADH) para nele incluir o conceito de propriedade comunal indígena, como se vê no extrato seguinte:

146. Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales.

147. A su vez, el artículo 29.b de la Convención establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos -, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

Veja-se que aqui, a CtIDH conjugou várias regras interpretativas (conceitos autônomos, interpretação evolutiva, princípio da máxima efetividade) para abrir-lhe caminho, com embasamento jurídico sólido, para albergar num conceito central para o liberalismo direitos que somente no presente século ganharam reconhecimento efetivo.¹⁹

Por sua vez, no *Caso Barrios Altos Vs. Perú*, apreciado poucos meses antes do acima referido, o Juiz A.A. CANÇADO TRINDADE novamente invocou, ainda que implicitamente, a noção de que a Convención Americana, por ser um instrumento vivo, pode se valer noções



universalmente consagradas para, a partir dali, extrair novos significados em vista do caso concreto.

Aqui, cuidava-se das leis de auto-anistia que os governos ditatoriais fizeram promulgar em muitos países da América Latina, para que não pudessem ser responsabilizados pelas atrocidades por eles cometidas. Em face disso, o voto sustentou que “El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia).”

Diferentemente dos casos precedentes, neste o arrazoado claramente abandonou a interpretação das normas, indo buscar em valores inderrogáveis de toda a humanidade, reconhecidos como fonte do direito sob o prisma jusnaturalista, o fundamento inicial para, ao final, reconhecer a responsabilidade internacional do Estado malgrado o direito positivo doméstico que teria anistiado as violações aos direitos humanos. Aliás, não foi outra a fundamentação da Corte no caso *Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, muito mais recente*.

Finalmente, a Corte tem utilizado frequentemente a cláusula de abertura propiciada pela interpretação evolutiva, derivada artigo 31, inciso III, da CVDT, segundo a qual deve ser levado em conta o sistema dentro do qual se inscrevem as normas positivas a serem interpretadas em face do caso concreto. Assim, no *Caso de “La Masacre de Mapiripán”* (2005), foi invocado o Direito Internacional Humanitário e no *Caso de las Masacres de Ituango* (2006), ambos contra a Colômbia, chamou-se à colação a Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho.

2. Análise crítica do conceito de interpretação evolutiva baseada no “consenso europeu”

O reconhecimento da existência de um consenso europeu foi muitas vezes empregado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em sua jurisprudência, embora nem sempre com os mesmos propósitos e resultados similares. De fato, aquele pôde servir para enquadrar a matéria na doutrina da margem de apreciação ou como uma ferramenta de avaliação para decidir se uma dada prática estatal está em conformidade com os “valores europeus” e padrões de direitos humanos prevaletentes na região, isso ao verificar a legislação e/ou as práticas dos membros do Conselho da Europa.

De acordo com DZEHTSIAROU²⁰, a noção de consenso europeu pode ser conceituada como um acordo geral entre a maioria dos países do Conselho da Europa em relação a certos valores e princípios, os quais são identificados através de pesquisa de direito comparado e de sua aplicação pelos Estados membros. A Corte, por sua vez, utiliza o consenso europeu como um argumento para embasar suas conclusões quanto ao escopo da margem de apreciação e proporcionalidade, e também para definir conceitos vagos e incertos da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.



Para MORAWA, o “Consenso Europeu” pode ser definido como “Uma pesquisa comparativa das leis e práticas dos Estados membros para ilustrar que existe um padrão amplamente aceito em relação ao tratamento de uma certa questão ou um procedimento que pode servir de base, novamente, para a interpretação dinâmica, quando exista pouco ou nenhum terreno comum entre os Estados partes que permita ao Estado demandado exercitar a sua discricção dentro de uma relativamente ampla margem de apreciação.”²¹

Em sentido semelhante DZEHTSIAROU entende que:

O consenso europeu é incorporado ao raciocínio da Corte como um mediador entre diferentes cânones de interpretação da Convenção. Não apenas o consenso europeu é empregado pela Corte para definir o escopo da margem de apreciação estatal, mas também usado a fim de definir termos vagos; sem dúvida está envolvido na interpretação evolutiva e pode determinar a proporcionalidade da interferência estatal.²²

O conceito de um consenso europeu estabilizado sobre valores fundamentais comuns tem levado alguns estudiosos a vislumbrar no sistema da Convenção e Corte europeias algumas características constitucionais.

Novamente, MORAWA afirma que “Autores têm apontado, e isso parece hoje assentado, que a Convenção tem uma característica legislativa e deveria ser vista como ‘uma carta de direitos que deve ser interpretada de forma a permitir seu desenvolvimento ao longo do tempo’ e com as ‘atitudes políticas e sociais’ cambiantes.”²³

Desta forma, considerando que a “constitucionalização já está a caminho, ainda que de forma lenta e hesitante”, GREER e WILDHABER sustentam que a Corte está paulatinamente adquirindo “status constitucional” e que “em grande parte, a CtEDH decide em geral o mesmo tipo de questões que as cortes supremas ou constitucionais domésticas, e majoritariamente da mesma forma. Isso envolve explorar se os objetivos invocados para restringir um direito humano específico são legítimos, se as restrições têm uma base legal suficiente, e se elas são ‘proporcionais e necessárias em uma sociedade democrática’”. Não só isso mas, de acordo com os autores, “a cerca de uma dúzia de princípios de interpretação usados pela Corte – por exemplo, democracia, Estado de Direito, efetiva proteção dos direitos humanos, margem de apreciação, subsidiariedade, proporcionalidade etc. – são efetivamente princípios constitucionais.”²⁴

Por outro lado, o paradigma do consenso europeu vem enfrentando outro desafio, ora colocado pela incorporação dos antigos países comunistas à estrutura do Conselho da Europa. Começando em 1992, quando a Convenção Europeia entrou em vigor em relação à Bulgária e Hungria, até 2004, com a admissão da Sérvia, não menos do que vinte e dois Estados se juntaram ao sistema, incluindo países tão diferentes quanto Azerbaijão e Lituânia, por exemplo.

Se isso for comparado com os doze países europeus ocidentais que firmaram a Convenção Europeia na Conferência de Roma²⁵, é difícil sustentar que todos eles realmente compartilham as mesmas referências e valores, como presumido pela Corte.

De fato, os números fornecidos pela Corte mostram uma aparente desarmonia entre os padrões da Convenção e os de países recém-admitidos. Realmente, em 2016 quase a metade dos



Romênia (86) e Ucrânia (73), e quase um quarto de todos os julgamentos realizados pela Corte no ano em questão referiam-se à Federação Russa sozinha.²⁶ Com a exceção da Turquia, os principais desajustes vieram (mas não só) dos antigos países comunistas. Assim, do total de julgamentos realizados em 2016, nos quais a Corte tenha encontrado ao menos uma violação da Convenção pelo Estado demandado, não menos do que 52,84% se referiam a 7 recém-chegados (Rússia, Polônia, Hungria, Croácia, Bulgária, Ucrânia e Romênia).

No entanto, também deve ser destacado que os outros 14 países ex-soviéticos não tiveram nenhum especial mal comportamento a ser destacado pelo relatório da Corte e foram incluídos no grupo dos “outros Estados” juntamente com membros antigos do sistema. Além disso, desde que a Corte foi estabelecida em 1959, mais de um quarto dos julgamentos realizados por ela se referiram a 2 Estados membros, a Turquia (3.270) e Itália (2.351).

Além disso, é fato que um dos países de maior destaque em padrão de direitos humanos, o Reino Unido, na verdade foi responsável por muitos casos emblemáticos levados às barras da Corte, nos quais se reconheceu a ocorrência de violações à CEDH por uma grande variedade de assuntos, tão diversos quanto tortura, tratamento de presos, homossexualidade, minorias e meio-ambiente.²⁷

Portanto, não é de se estranhar a conclusão a que chegou o Honorável Senior Law Lord Phillips of Worth Matravers, KG, PC, primeiro presidente da Corte Suprema do Reino Unido²⁸, quando sustenta que: “Nós não assinamos a Convenção (Europeia) sobre Direitos Humanos por conta de preocupações relativas a nosso próprio respeito aos direitos humanos. Nós o fizemos por conta do comportamento dos outros.”²⁹

Em realidade, parece mais adequado concordar com a ponderação fornecida pelo Grupo de Avaliação do Conselho de Ministros sobre a Corte Europeia de Direitos Humanos, de acordo com o qual:

A Corte tem hoje um papel a mais para desempenhar na consolidação da democracia e do Estado de Direito na Europa ampliada. Este é um processo que continua hoje. Neste sentido, seu significado realmente nunca foi maior. A Corte, através de sua jurisprudência, em parceria com as Cortes Supremas e Constitucionais, serve para infundir os sistemas legais nacionais com valores democráticos e os princípios legais da Convenção e serve para ajudar a assegurar que os padrões da Convenção sejam implementados na prática cotidiana.”³⁰

Apropriadamente, o quanto manifestado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, na seguinte passagem:

20. A Corte relembra que ela declarou muitas vezes em seus julgamentos que a democracia não é apenas uma característica fundamental da ordem pública europeia, mas que a Convenção (Europeia de Direitos Humanos) foi desenhada para promover e manter os ideais e valores de uma sociedade democrática. A democracia, destacou a Corte, é o único modelo político contemplado na Convenção e o único compatível com ela. (...)

21. Referindo-se aos traços distintivos de uma “sociedade democrática”, a Corte agregou importância particular ao pluralismo, tolerância e abertura de pensamento. Nesse contexto, ela sustentou que, embora interesses individuais devam ocasionalmente ser subordinados aos de um grupo, a democracia não significa simplesmente que as visões da maioria devam sempre prevalecer:



um balanço deve ser obtido que garanta o tratamento justo e adequado das minorias e evite qualquer abuso da posição dominante.

No momento em que a Europa é sacudida por visões políticas nacionalistas, a afirmação do Comitê de Ministros sobre o papel da Corte Europeia de Direitos Humanos não poderia ser mais apropriado: “O maior desafio para a Corte atualmente não é apenas manter e desenvolver os padrões da Convenção, mas também garantir que a Europa dos direitos humanos permaneça sendo uma única entidade com valores comuns.”³¹

3. Reflexões finais

Há uma clara distinção entre o modo pelo qual cada uma das duas Cortes de Direitos Humanos desenvolve o conceito de interpretação evolutiva, baseado na metáfora de que as convenções de direitos humanos são “instrumentos vivos”,³²

Assim, a Corte Europeia revela seu vínculo com as noções do Direito Internacional clássico, nascido com a Paz de Westfália (1648), em que a soberania estatal assumiu tamanha grandeza que os Estados nacionais culminaram por ganhar contornos de entes autônomos, notadamente após o positivismo do século XIX varrer os pressupostos jusnaturalistas e decretar que a única fonte do Direito seria o Estado mesmo. Evidente, porém, que tal conceito já foi corroído pelo tempo e a CtEDH não se vincula às noções do passado, mas é notável constatar que, em geral, ela se aferra à ideia de que o seu mandato de intérprete da CEDH deve guardar respeito com aquilo que os Estados conveniaram em 1950 e nos protocolos que se seguiram. Daí porque, ao ressignificar o conteúdo e alcance das normas da Convenção, a Corte em regra busca substrato na expressão corrente da “vontade” dos membros do Conselho da Europa, manifestada pelo consenso europeu.

Já a Corte Interamericana pouca importância dá à vontade estatal, se auto-atribuindo o poder de interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (e outros tratados) a partir de valores universais e transcendentes, muito mais próximos ao jusnaturalismo e consentâneos com o que proclama a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no início de seu consagrado preâmbulo, ao considerar “que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Efetivamente, em seu memorável Voto Concordante à OC-16/99, o Juiz ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE explicitou o fato de a Corte Interamericana de Direitos Humanos encontrar na “consciência jurídica universal” o fundamento do direito internacional dos direitos humanos. E complementa:

13. A dinâmica da convivência internacional contemporânea cuidou de desautorizar o entendimento tradicional de que as relações internacionais se regem por regras derivadas inteiramente da livre vontade dos próprios Estados (...). Com efeito, a própria prática contemporânea dos Estados e das organizações internacionais há anos deixou de convalidar a ideia, própria de um passado já distante, de que a formação das normas do Direito Internacional emanaria tão apenas da livre vontade de cada Estado.



14. Com a desmistificação dos postulados do positivismo voluntarista, tornou-se evidente que apenas se pode encontrar uma resposta ao problema dos fundamentos e da validade do Direito Internacional geral na consciência jurídica universal, a partir da afirmação da ideia de uma justiça objetiva. Como uma manifestação desta última, afirmaram-se os direitos do ser humano, emanados diretamente do Direito Internacional, e não submetidos, portanto, às vicissitudes do direito interno.

De toda maneira, o desenvolvimento da doutrina da interpretação evolutiva, baseada nas condições dos dias atuais, como se os instrumentos de direitos humanos vivos fossem, forma um dos pilares sobre os quais se erige uma avançada jurisprudência, destinada a tornar efetivos aos seres humanos direitos assentados consensualmente pelos Estados, inclusive e especialmente, contra estes próprios.

Referências

CONSELHO DA EUROPA. *Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights*, EG Court (2001)1 Council of Europe (Sept. 27, 2001). Apud MAHONEY, Paul (2002), *New Challenges for the European Court of Human Rights Resulting from the Expanding Case Load and Membership*, Penn State International Law Review: Vol. 21: No. 1, Article 11. p. 105.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Airey v. Ireland, judgment of 9 October 1979

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Christian Democratic People's Party v. Moldova (No. 2).

DONALD, Alice, GORDON, Jane e LEACH, Philip. *The UK and the European Court of Human Rights, Human Rights and Social Justice*. Research Institute, London Metropolitan University, 2012.

DZEHTSIAROU, Kanstantsin. University College of Dublin Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies, Research Paper No. 11/2009, p. 11.

GREER, Steven e WILDHABER, Luzius. *Revisiting the debate about 'constitutionalizing' the European Court of Human Rights*. pp. 13 to 19.

KILLANDER, Magnus. *Interpretação dos tratados regionais de direitos humanos*. (tradução de Thiago Amparo). In. Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos, vol. 7, n. 13, Jan/2010. São Paulo: Rede Universitária de Direitos Humanos, 2010. pp. 149/176.

LETSAS, George. *The ECHR as a Living Instrument: Its meaning and legitimacy*. p. 2.

MORAWA, Alexander. *The 'Common European Approach', 'International Trends', and the Evolution of Human Rights Law. A Comment on Goodwin and I v. the United Kingdom*. 3 German Law Journal (2002), para 28.

MOWBRAY, Alastair. *The Creativity of the European Court of Human Rights*. Human Rights Law Review 5:1. Oxford University Press (2005), p. 61.



ONU. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971. pp. 16 a 31.

¹ “The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective” (CtEDH, *Airey v. Ireland*, judgment of 9 October 1979, § 24.)

² MORAWA, Alexander. The ‘Common European Approach’, ‘International Trends’, and the Evolution of Human Rights Law. A Comment on Goodwin and I v. the United Kingdom. 3 *German Law Journal* (2002), para 28. Available at <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=172>

³ MOWBRAY, Alastair. The Creativity of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review* 5:1. Oxford University Press (2005), p. 61.

⁴ Present-day conditions.

⁵ LETSAS, George. The ECHR as a Living Instrument: Its meaning and legitimacy. p. 2. Cópia eletrônica disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2021836>

⁶ Ob. cit. p. 5.

⁷ § 101.

⁸ KILLANDER, Magnus. *Interpretação dos tratados regionais de direitos humanos*. (tradução de Thiago Amparo). In. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 7, n. 13, Jan/2010. São Paulo: Rede Universitária de Direitos Humanos, 2010. pp. 149/176.

⁹ Ob. cit. p. 7.

¹⁰ Fonte secundária dos Direitos Humanos, composta por textos jurídicos não vinculantes, como declarações, opiniões jurídicas, relatórios etc.

¹¹ A doutrina da “margem de apreciação” foi desenvolvida pela CtEDH para distinguir aquilo que ela considera estar dentro da esfera de decisão de discricionariedade dos Estados e aquilo que compete à Corte decidir. Assim, casos há em que a Corte não se pronuncia sobre uma eventual violação da CEDH, deixando tal avaliação ao alvitre exclusivo do Estado demandado.

¹² Ob. cit. p. 12.

¹³ Ob. cit. p. 67

¹⁴ A respeito, vide SAN JOSÉ, Daniel García. *Environmental protection and the European Convention on Human Rights*. Estrasburgo (França): Council of Europe Publishing, 2005.

Disponível em: [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-21\(2005\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-21(2005).pdf)

¹⁵ A sigla “OC” decorre da denominação que tais decisões recebem em espanhol, a saber “Opinión Consultiva”. No entanto, a tradução oficial para o português preferiu a expressão “Parecer Consultivo”, o que levou à incongruência desta denominação com o acrônimo mencionado.

¹⁶ da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

¹⁷ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971. pp. 16 a 31.

¹⁸ No mesmo sentido, vide o *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, de 2004.

¹⁹ No mesmo sentido, vide o *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, bem como o *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, de 2005 e 2006, respectivamente.

²⁰ DZEHTSIAROU, Kanstantsin. University College of Dublin Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies, Research Paper No. 11/2009, p. 11.

²¹ Ob. cit. p. 29.



²³ Ob. cit. p. 28.

²⁴ GREER, Steven e WILDHABER, Luzius. *Revisiting the debate about 'constitutionalizing' the European Court of Human Rights*. pp. 13 to 19.//

Disponível em <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/GT-GDR-F/Greer.pdf>

²⁵ Bélgica, Dinamarca, França, Alemanha (Ocidental), Islândia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Noruega, Países Baixos, Reino Unido e Turquia.

²⁶ http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2016_ENG.pdf

²⁷ Para uma visão abrangente, vide DONALD, Alice, GORDON, Jane e LEACH, Philip. *The UK and the European Court of Human Rights, Human Rights and Social Justice*. Research Institute, London Metropolitan University, 2012.

²⁸ que sucedeu a House of Lords como mais alto tribunal britânico em 2009.

²⁹ http://www.oxcis.ac.uk/lectures/The_Elastic_Jurisdiction_of_the_ECHR_2012.02.14_Oxford.pdf, p.14.

³⁰ *Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights*, EG Court (2001)1 Council of Europe (Sept. 27, 2001). Apud MAHONEY, Paul (2002), *New Challenges for the European Court of Human Rights Resulting from the Expanding Case Load and Membership*, Penn State International Law Review: Vol. 21: No. 1, Article 11. p. 105.

Disponível em: <http://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol21/iss1/11>

³¹ Caso Christian Democratic People's Party v. Moldova (No. 2). Disponível em:

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Christian%20Democratic%20People's%20Party"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-97049"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

³² Não seria demais lembrar que tudo o que é vivo um dia definha e fenece, mas isso seria uma maldade a apenas apontar que a metáfora não seja assim tão perfeita. A não ser que, a partir da ideia de que os direitos humanos são baseados em valores universais, eles jamais morrerão.



Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: reflexões acerca dos seus limites, toldados pela soberania

Inter-American System for Protection of Human Rights: reflections about its limits, covered by the sovereignty

Wagner Giron de la Torre

Defensor Público do Estado de São Paulo

Wtorre@defensoria.sp.def.br

Um estudo da Organização Mundial do Trabalho assinalava, faz pouco tempo, que na América Latina existem mais de 110 milhões de pessoas em condições de “grave pobreza”. Delas, setenta milhões podem ser consideradas “indigentes”. Qual é a porcentagem da população que come menos do necessário? Na linguagem dos técnicos, aqueles que têm “orçamento inferior ao custo da alimentação mínima equilibrada”, são 43% dos colombianos, 42% da população brasileira, 49% da de Honduras, 31% dos mexicanos, 45% dos peruanos, 29% dos chilenos, 35% dos equatorianos. Como afogar explosões de rebelião das grandes maiorias condenadas? Como prevenir essas possíveis explosões? Como evitar que essas maiorias sejam cada vez mais amplas se o sistema não funciona para elas? Excluindo-se a caridade, sobra polícia... EDUARDO GALEANO, abril de 1978.

Resumo

Breves considerações sobre as condições jurídicas, políticas e socioeconômicas que demarcam a necessidade do efetivo enfrentamento da ingente demanda social por justiça dentro do sistema regional de proteção aos direitos humanos. 2 A antinomia entre soberania e direitos humanos a refrear os mecanismos de proteção. Necessidade de superação do conceito de soberania. 3 Conclusões.

Palavras chave: Direitos Humanos. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Soberania.

Abstract

Brief considerations on the legal, political and socioeconomic conditions that demarcate the need to effectively confront the enormous social demand for justice within the regional system of protection of human rights. 2 The antinomy between sovereignty and human rights to curb the mechanisms of protection. 3 Need to overcome the concept of sovereignty. 3 Conclusions

Keywords: Human Rights. Inter-American System of Human Rights. Sovereignty



I Contextualização necessária acerca dos desconcertos

Uma reflexão sobre o sistema de tutela dos direitos humanos no continente Americano tem de considerar, além das conhecidas vicissitudes dos desarranjos estruturais das instituições internas dos países que integram a região, como os dramas derivados da histórica desigualdade e os pesados legados dos sucessivos ciclos de supressão do acervo de direitos fundamentais¹, também uma outra questão igualmente relevante, porém anterior ao estabelecimento das condições geopolíticas determinantes dessa série infinda de desigualdades, atreita ao aspecto da soberania, compreendida, na dimensão tão bem lapidada por Luigi Ferrajoli, como protagonista de uma *“história de antinomia entre dois termos – direito e soberania -, logicamente incompatíveis e historicamente em luta entre si”*.²

E essa perene contradição entre os poderes dos Estados continentais e o acervo de direitos fundamentais herdados da tradição secular conformadora do Estado de Direito artificialmente lapidado pelos ideais iluministas e consagrados na ideia de “nação” (decorrência direta da nacionalidade gestada desde a Revolução Francesa), nestas terras de além-mar ganhou contornos novos, ao aprofundar, ainda mais, os extremos dessa dicotomia, posto que a estrutura da exploração colonial imposta ao continente nos últimos cinco séculos também tributou aos povos da região um fardo novo, pesado e nada sutil, atinente ao atraso cultural e conservadorismo atávico de suas elites, fatores que, agregados ao arraigado preconceito contra as massas populares e os povos originários difundidos desde as origens das jornadas coloniais³, filtram e materializam a seletividade dos que sofrem com as misérias imanentes aos desarranjos socioeconômicos na região até os extremos da insuportabilidade.

Em outras palavras, para a vasta maioria da população, em especial a que habita o lado Latino-Americano do continente, as premissas básicas de John Locke, cingidas ao princípio inaugural do constitucionalismo liberal de que o maior benefício do Estado Civil seria o de melhor proteger todos os direitos detidos pelo homem no estado da natureza, dentre os quais a vida e a liberdade, jamais tiveram vigência por estas paragens.

Explorando bem o simbolismo afeto ao distanciamento entre as promessas da modernidade e a realidade recaída sobre os povos cativos do “novo mundo”, Slavoj Žižek resgata uma passagem histórica que calha como luva ao que se tenta sustentar:

Como disse Louis Sala-Molins com brutalidade acerba: ‘Os filósofos do Iluminismo europeu se uniram contra a escravidão, exceto onde literalmente existia’. Embora se queixassem de que o povo era (metaforicamente falando) ‘escravo’ do poder real, tirânico, ignoraram a escravidão literal, que crescia de forma vertiginosa nas colônias, desculpando-se com os argumentos racistas-culturalistas. Quando os escravos negros do Haiti, fazendo eco à Revolução Francesa, revoltaram-se em nome dos mesmos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, foi o cadinho, a prova de fogo dos ideais do Iluminismo francês. (...) No Haiti, ocorreu o impensável (para o Iluminismo europeu): A Revolução Haitiana ‘entrou para a história com o traço peculiar de ser impensável, mesmo enquanto acontecia’. Os escravos do Haiti entenderam os lemas revolucionários franceses de modo mais literal do que os próprios franceses: ignoraram todas as restrições implícitas que abundavam na ideologia do Iluminismo (liberdade, mas só para os sujeitos racionais ‘maduros’, não para os bárbaros selvagens e imaturos, que antes tinham que passar por um longo processo de educação para merecer liberdades e



igualdade...). Isso levou a momentos comunistas sublimes, como quando os soldados franceses (enviados por Napoleão para reprimir a rebelião e restaurar a escravatura) se aproximaram do exército negro de escravos (auto)libertos: ao ouvir um murmurinho de início indistinto no meio da multidão negra, os soldados supuseram que fosse algum tipo de canto de guerra tribal; contudo, quando se aproximaram, perceberam que os haitianos cantavam a Marselhesa e, em voz alta, perguntavam aos soldados se eles não estavam lutando do lado errado. Eventos como esse representam a universalidade como categoria política. Neles, como explica Buck-Morss, ‘a humanidade universal é visível nas beiradas’.⁴

Portanto, para uma reflexão percuciente das estruturas regionais tendentes a promover e tutelar os direitos humanos na América, é necessário considerar essa universalidade de ideais legada pela modernidade através da vivência dos povos destas beiradas, experiência essa ainda superinfluenciada pela presença onipotente de uma outra potência pós-colonial, os Estados Unidos da América do Norte, que não só se nega a fazer parte do sistema regional de proteção dos direitos humanos⁵ como, desde o processo de extinção do ciclo colonial europeu no continente, nos idos do século XIX, têm tentado tributar a quase todos os Estados da fração latina do continente um caminho político e econômico que não contrarie, em hipótese alguma, os interesses de suas corporações transnacionais, que se enquadre no alinhamento político urdido por seus sucessivos governos, muitas vezes à custa do fomento de golpes de estado e intervenções militares na região.⁶

Como sublinha Franck Gaudichaud, os EUA, a pretexto de velar pelos interesses geopolíticos no continente e promover a expansão econômica das corporações transnacionais baseadas em seu território:

Como mostram cruamente milhares de arquivos hoje acessíveis ao público, a Central Intelligence Agency (CIA) – criada em 1947 – e o Pentágono estão dispostos a tudo: promover campanhas de desestabilização na mídia, financiar adversários, estrangular economias, infiltrar agentes em forças armadas, sustentar grupos paramilitares contrarrevolucionários... Os Estados Unidos apoiaram ativamente golpes de Estado que ensanguetaram a região, na Guatemala em 1954, no Brasil em 1964, no Chile em 1973, na Argentina em 1976, etc.⁷

Foi nesse período, recente, de derrocada de regimes democráticos no continente, que o Exército norte-americano, através de sua “Escola das Américas”, sediada no Panamá, contribuiu para institucionalizar a tortura como instrumento de obtenção de informações e investigação político-criminal, através de cursos aos militares de vários países, ministrados ao longo de todo esse ciclo ditatorial.⁸

Por influxo direto das forças coloniais, da influência da potência local, e do perpétuo processo de expropriação dos recursos naturais dissociado de garantias mínimas aos direitos fundamentais para com a vasta maioria populacional do continente, é que a contradição entre soberania do Estado e direitos humanos ganhou maior sentido e visibilidade na América, dando amparo não só às críticas delineadas por Ferrajoli como também sedimentadas por Kant quando afirmou que os Estados-nações, em suas relações externas, vivem ainda num estado não-jurídico, onde prepondera a força.⁹

É por isso que no continente americano, os direitos humanos ainda se encontram num estágio muito defasado em termos de eficácia, fazendo com que políticas repressivas, mesmo



em épocas tidas como de “redemocratização continental”, tenham angariado maior densidade do que os esforços na direção da promoção de direitos.

Os exemplos são infinitos: a desigualdade estrutural na distribuição de renda e oportunidades, o esfacelamento de projetos de nações de bem-estar social, o fortalecimento do tráfico de drogas, a seletividade na criminalização das maiorias marginalizadas, as agressões baseadas em preconceitos de gênero, origem social, étnica, opção sexual e outras exclusões, fazem com que o continente sedie os Estados mais violentos do mundo como Honduras, que ostenta uma taxa de 90,4 homicídios por 100 mil habitantes, Venezuela (53,7), Belize (44,7) e El Salvador (41,2).¹⁰

Também por tais circunstâncias e imensuráveis desconcertos, que o Brasil, talvez a sexta ou sétima economia do mundo, ostente, dentre as pérolas de suas desigualdades, o maior índice de mortes por armas de fogo no planeta. Sobre o tema, acentua Marina Dias:

De acordo com a Anistia Internacional, analisando dados de 2004 a 2007, estima-se em mais de 192 mil os homicídios no país. No mesmo período, os doze maiores conflitos mundiais totalizaram 170 mil mortes. Mesmo diante desse cenário dramático, a taxa de resolução dos homicídios no país é de apenas 8%.¹¹

Conforme o “Mapa do Encarceramento: Os Jovens do Brasil”, da Secretaria-Geral da Presidência da República, grande parte dessas mortes destinam-se a jovens negros da periferia do país, entre os 15 a 29 anos,¹². Segundo a Anistia Internacional, “o Brasil é um dos países mais violentos do Mundo. Em 30 anos foram cerca de 1 milhão de pessoas mortas. O Brasil é responsável por 10% dos homicídios do mundo. Achar isso banal é entregar-se à epidemia da indiferença.”¹³

Isso, para não mencionarmos a eterna entropia no sistema prisional continental, retrato acabado dos campos de concentração. Aliás, a história nos conta que a primeira experiência moderna de campo de concentração se deu na América, promovida pelos espanhóis em Cuba em 1896.¹⁴

Nesses espaços simbólicos do controle absoluto sobre a vida é que se apreende o mais elevado grau da indiscernibilidade entre o direito e o nada, onde, nas palavras de Hannah Arendt o totalitarismo, compreendido como a supressão do direito por regras predispostas pelo próprio direito, encontra sua máxima expressão, onde tudo é permitido.¹⁵

Explorando o pensamento acima, e agregando essa ideia à imagem também forte do controle estatal biopolítico desenvolvida por Foucault, foi que Giorgio Agamben encontrou na figura do direito romano arcaico do *homo sacer* a mais exata tradução da dispensabilidade, liberta de sanções, da vida de pessoas que, para os padrões biopolíticos, se afigurem descartáveis, posto que ineficientes ao sistema dominante, dominado pelo direito até mesmo no paradoxo de sua total supressão. Na figura do *homo sacer*, embora sacra a vida do condenado, este poderia ser sacrificado por qualquer cidadão sem que o Estado pudesse acoimar o homicídio. O *homo sacer*, tal qual milhões de seres humanos hoje no mundo, eram seres viventes-morrentes, cujo sacrifício é completamente aceitável pelo Estado.¹⁶



Os exemplos desse paradoxo entre soberania e direito nos dias de hoje, na América, são infelizmente, abundantes. Podemos citar eventos recentes, como os 43 estudantes mexicanos que protestavam por melhores condições de ensino, na província de Iguala, sul do México, em setembro de 2014, e que foram sequestrados por agentes armados do Estado e entregues, para execução sumária, a narcotraficantes, que desapareceram com seus corpos. Exemplo acabado do chamado Narco-Estado, ou seja um contínuo estado de exceção.¹⁷

Ou o literal desaparecimento de detentos no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, Maranhão, encarcerados por agentes estatais em celas do sistema prisional, junto a condenados antigos, e mortos e devorados, em sessão grupal de canibalismo, pelos demais cativos do Estado.¹⁸

Como pontuado desde o início, na América, a universalidade das promessas da modernidade devem ser avaliadas pelas bordas, pois aqui, na exatidão analítica de Agamben, “o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico”¹⁹

(...)A questão correta sobre os horrores cometidos nos campos não é, portanto, aquela que pergunta hipocritamente como foi possível cometer delitos tão atrozes para com seres humanos; mais honesto e sobretudo mais útil seria indagar atentamente quais procedimentos jurídicos e quais dispositivos políticos permitiram que seres humanos fossem tão integralmente privados de seus direitos e de suas prerrogativas, até o ponto em que cometer contra eles qualquer ato não mais se apresentasse como delito (a esta altura, de fato, tudo tinha-se tornado verdadeiramente possível).²⁰

II O sistema regional de tutela dos direitos humanos premido pela soberania.

Sobre as origens da exploração colonial dos recursos naturais e humanos na América, nos conta Eduardo Galeano que:

Antes de cada entrada militar, os capitães de conquista deviam ler para os índios, sem intérprete mas diante de um escrivão público, um extenso retórico Requerimiento que os exortava a se converterem à santa fé católica: Se não o fizerdes, ou nisto puserdes maliciosamente dilação, certifico-vos que com a ajuda de Deus eu entrarei contra vós e vos farei guerra por todas as partes e maneira que puder, e vos sujeitarei ao jugo e obediência da Igreja e de Sua Majestade e tomarei vossas mulheres e filhos e vos farei escravos, e como tais vos venderei, e disporei de vós como Sua Majestade mandar, e tomarei vossos bens e vos farei todos os males e danos que puder...²¹

Essa exortação de legitimação da submissão e conquista não fora concebida ao acaso pela força militar colonial, mas derivava, à época, dos aportes então vigentes do direito internacional, concebidos pela mais brilhante mente jurídica a serviço do império Espanhol, Francisco de Vitoria, a quem Luigi Ferrajoli atribui o proeminente papel de fundador do direito internacional e autor de extraordinária modernidade.²²

Na doutrina jurídica de Vitoria, a legitimação de conquista dos espanhóis decorria de um artifício jurídico: a *universalis respublicae* (república universal) com vigência cogente sobre os povos nativos e por qualquer outros povos (*ius cogens*), já que decorria do direito concebido pelo mundo inteiro, uma espécie de ordem universal. Ainda Ferrajoli, interpretando o pensamento



internacionalista e globalizante de Vitoria, nos aponta que “*não é lícito que um único reino se recuse a ser regido pelo direito das gentes, pois esse direito adveio da autoridade do mundo inteiro, (...) ou seja, da humanidade como pessoa moral, representativa do gênero humano*”.²³

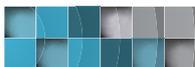
Assim, em termos universais, se exprimiu as estruturas arcaicas de uma carta metafísica de direitos em que a soberania do Estado era refreada pelo *ius cogens*, ou o direito concebido pelo *mundo inteiro (totus orbis)*, em especial a soberania das nações originárias do novo continente, cujos povos, legitimamente, segundo tal convenção, poderiam ser espoliados e massacrados por direitos posteriormente especificados por Vitoria na ânsia de legitimar as conquistas europeias como, exemplo, *ius peregrinandi* (direito de viajar) *ius degendi* (de permanecer), *occupationis* (direito de ocupação), *ius praedicandi et annuntiandi evangelium* (direito de anunciar e pregar o evangelho) e o dever dos índios de não obstar-lhes o exercício, sob pena de os ‘conquistadores’ imporem tais encargos jurídicos à mercê da medida extrema da guerra.²⁴

Não é difícil constatar que, para a ampla maioria das populações instaladas – e que até hoje habitam - as terras americanas, os direitos universais legados pela modernidade só serviram para legitimar a supressão de direitos e para amparar a vontade soberana ditada pelos imperativos dos Estados que manearam o processo intervencionista.

O paradoxo, soberania e direitos humanos, sempre se mostrou muito vívido no continente. E, para tentar-se promover os direitos humanos, visando minorar seu enorme déficit na região, foram implementadas, após a eclosão das declarações universais adventícias à segunda guerra mundial, algumas estruturas institucionais, cujos sistemas, em tese, deveriam ser interligados.

Tais estruturas são: o arcabouço de direitos fundamentais internos a serem efetivados pelos próprios Estados inseridos na região, e, a Corte e a Comissão Interamericanas de Direitos Humanos, todos cingidos, no espectro jurídico, à uma série de cartas supraestatais de direitos, que são: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); Convenção Americana sobre Direitos Humanos – 1969 (Pacto de San José da Costa Rica); Carta da Organização dos Estados Americanos (1948); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985); Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador – 1988); Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos relativo à Abolição da Pena de Morte (1990); Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará – 1994); Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994); Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999), Convenção Interamericana sobre a Concessão de Direitos Políticos às Mulheres (1948), Convenção Interamericana sobre a Concessão de Direitos Cívicos às Mulheres (1948).

É relevante destacar que a Carta da Organização da OEA é anterior à vigência da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU datada de 10 de dezembro de 1948, enquanto àquela foi consumada em abril do mesmo ano, o que indica que este continente, pelo menos em termos de corpos normativos, se afigura na vanguarda do sistema global de proteção.



Todavia, esse simbolismo de datas não esconde um infeliz obstáculo ao avanço da efetivação dos direitos humanos na região. Como ponderado por Antonio Augusto Cançado Trindade, em 1999, dos 35 Estados membros da OEA, apenas 25 eram partes na Convenção Americana de Direitos Humanos, e destes, só 21 reconheciam a competência jurisdicional da Corte Interamericana.²⁵ Hoje, houve pequeno refluxo nesse já escasso grupo de Estados integrantes do sistema. Segundo Flávia Piovesan, em setembro de 2014 o número de Estados subscritores da Convenção caiu para 24, e apenas 20 mantém o reconhecimento da competência contenciosa da Corte.²⁶

O estatuto básico do sistema Americano é a Convenção de Direitos Humanos, cujo arco de direitos, à semelhança dos encontrados no regime global de proteção, abarca não só os direitos civis tradicionais, os de liberdade política, expressão, pensamento, propriedade e garantias processuais e de acesso à justiça, mas avança, através de preceptivos próprios e dos protocolos e convenções regionais específicos, na busca de materialização de direitos econômicos, sociais, culturais, combate às agressões massivas no espectro de gênero, de combate à violência contra a criança e contra as próprias violências de Estado no que tange ao esforço para banir a pena de morte, tortura, execução e desaparecimento de pessoas e a exclusão contra as pessoas portadoras de deficiência.²⁷

Antonio Augusto Cançado Trindade noticia que há décadas já se acha virtualmente concluído projeto de Instrumento Interamericano Sobre Direitos dos Povos Indígenas.²⁸

Dos mecanismos de proteção dos Direitos Humanos no continente, a Comissão Americana (art. 33, “a”, da Convenção) é o mais antigo, criada pela OEA muito antes do implemento da própria Convenção, através da Resolução VIII da V Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores, ocorrida em Santiago do Chile em 1959²⁹, e desde então tem realizado vistorias *in loco* em casos agudos de violação dos direitos humanos, como no Chile e Argentina, nas décadas de setenta e oitenta do século passado³⁰, sendo que somente na década de setenta registraram-se 11 vistorias *in loco* da Comissão. Para Cançado Trindade:

A atuação da Comissão Interamericana, já bem antes da entrada em vigor da Convenção Americana, foi certamente um elemento decisivo para a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Até 1975, por exemplo, tinha a Comissão examinado mais de 1800 comunicações sobre direitos humanos, obra considerável para um órgão até então operando solitariamente, sem que a Convenção tivesse entrado em vigor. Em fins de 1978 (ano da entrada em vigor da Convenção Americana), já chegavam a 3.200 os casos examinados pela Comissão (Compreendendo mais de dez mil vítimas, de 18 ou 19 países).

(...)Os resultados concretos em inúmeros casos individuais acrescenta-se a importante função preventiva exercida pela Comissão. Em decorrência de suas recomendações de caráter geral dirigidas a determinados Estados (demandados), ou formuladas em seus relatórios anuais, foram derogados ou modificados leis, decretos e outros dispositivos que afetavam negativamente a vigência dos direitos humanos, foram criados ou fortalecidos mecanismos de proteção no ordenamento jurídico interno ou nacional, e se estabeleceram ou aperfeiçoaram recursos e procedimentos para melhor tutela dos direitos humanos. A par do sistema de petições ou comunicações, têm também se revestido de relevância o sistema de investigações (observações *in loco*) e elaboração dos relatórios por situações gerais em países e os relatórios



periódicos apresentados pela Comissão à Assembleia Geral da OEA, contendo considerações por vezes inclusive de caráter doutrinário.³¹

Como órgão autônomo jurisdicional do sistema, temos a Corte Interamericana de Direitos Humanos (art. 33, “b”, da Convenção), cujas atribuições, além de provimentos de interpretação das normas de proteção dos direitos humanos previstas em todo o sistema, alberga o exercício jurisdicional contencioso em demandas, trazidas pela Comissão Interamericana a seu conhecimento, por conta de violações a essa carta de direitos. A Corte encontra-se instalada em San José da Costa Rica, sua sede, desde 03 de setembro de 1979, e desde sua implementação, já julgou, até 2014, 172 casos contenciosos sobre violações a direitos humanos, e, em termos de medidas provisórias foram emitidos 135 provimentos.³²

Vê-se que, pela longa e lamentável tradição de afronta aos direitos humanos na região, o número de provimentos meritórios da Corte avulta bastante tímido, talvez por conta de diversos fatores. Um deles, não menos importante, circunscreve-se, diferentemente de outros sistemas regionais e até globais de proteção, à forma de acesso à jurisdição da Corte.

No sistema interamericano o regime de petições individuais, trazidas pelas próprias vítimas ou instituições não governamentais ou governamentais que os represente, só é possível à Comissão Interamericana que, após avaliar os requisitos de admissibilidade e concretizar determinadas diligências, caso, no âmbito de suas atribuições, não consiga resolver o caso, o submeterá à jurisdição da Corte.³³ Portanto, para cognição da Corte, só é possível haver demandas trazidas pela Comissão ou por algum dos Estados-partes que reconheceram sua competência jurisdicional.

Essa, uma das grandes imperfeições do sistema interamericano de proteção. Outro aspecto que intensifica o distanciamento dos órgãos de promoção dos direitos humanos e as vítimas das violações está no apequenado número de Estados que se assujeitam à competência da Corte e se submetem aos encargos jurídicos do sistema protetivo. Apenas 20 Estados, dos 35, integram o sistema interamericano com reconhecimento da competência jurisdicional. Adotou-se o regime de adesão facultativa, em respeito à soberania dos Estados, para plena atuação jurisdicional da Corte, cujos provimentos de mérito, ostentam a natureza de títulos executivos judiciais, com exequibilidade no âmbito interno dos Estados.³⁴

Por conta desse mecanismo de excessivo respeito à soberania estatal, é que o próprio sistema convencional demorou uma década para entrar em vigor, pois só após o décimo primeiro depósito de adesão estatal é que se pode contar com a vigência da Convenção Americana (artigo 74, 2).

A sempiterna preponderância dos imperativos afetos à autonomia da vontade estatal continua, na região, a suprimir direitos, mesmo que aflore como irrefutável, no âmbito doutrinário, a existência de um constitucionalismo universal de direitos humanos, cuja internacionalização, a partir da edição das cartas universais de direitos humanos após a segunda grande guerra, teria solapado a soberania estatal, a ponto de assemelhá-la à obsolescência. Mas, na América, além da ausência da principal potência bélico-econômica no sistema protetivo, temos o afastamento voluntário de quase a metade dos países que conformam a região, o que robustece o paradoxo entre direito e soberania, mesmo no século XXI, quando a soberania estatal, como força motriz da histórica supressão de direitos fundamentais, deveria já estar superada.



Se metáforas como o direito das gentes, o *totus orbis*, a autoridade do mundo inteiro (*ius cogens*) foram utilizadas por séculos para edificar a universalização do direito internacional de conquista e avanço da soberania do Estado, por que esses mesmos princípios - que continuam a amparar doutrinária e normativamente o caráter universalizante das cartas de Direitos Humanos - não são respeitados, efetivados, na América, para também lastrear a vida digna da vasta maioria excluída de sua população?

Ora, se todos os Estados, em face da força normativa e moral da rede regional e universal dos tratados de Direitos Humanos, estão irreversivelmente vinculados ao dever de promover, em seu âmbito interno, tais direitos, e efetivá-los em quaisquer níveis e circunstâncias, como se é possível justificar que no sistema interamericano de proteção grande parte dos países, alguns figurantes como os maiores violadores desses direitos, possam, ainda, determinar, à luz da força de sua soberania, quando, como e quais os direitos humanos que irão ou não respeitar?

Assim, no continente Americano continua a se perceber a trama histórica da supressão de direitos em nome da soberania, força essa que até hoje limita o sistema regional de proteção de Direitos Humanos, mesmo quando a soberania, como bem ilustra Ferrajoli, deveria já estar sepultada:

Esse paradigma da soberania externa atinge seu máximo fulgor e, simultaneamente, sua trágica falência na primeira metade do século XX com aquela nova guerra europeia dos trinta anos (1914-1945), constituída pelos dois conflitos mundiais, e que assinala, por assim dizer, seu suicídio. Seu fim é sancionado, no plano do direito internacional, pela Carta da ONU, lançada em São Francisco em 26 de junho de 1945, e sucessivamente pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Esses dois documentos transformam, ao menos no plano normativo, a ordem jurídica do mundo, levando-o do estado de natureza ao estado civil. A soberania, inclusive externa, do Estado – ao menos em princípio – deixa de ser, com eles, uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais; o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos.(...)Tal carta equivale a um verdadeiro contrato social internacional – histórico e não metafórico, efetivo ato constituinte e não simples hipótese teórica ou filosófica.³⁵

Com a soberania cingida a esses dois limites (paz e direitos humanos), o *ius cogens*, pedra angular de validade e eficácia dos tratados, hoje positivado no artigo 53 da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados³⁶, e que, desde Vitória serviu para obrigar os povos originários da América à submissão e espoliação colonial – já que os direitos detidos pelos conquistadores eram concebidos *pelo mundo inteiro* e não poderiam ser rejeitados pelas nações indígenas – deveria, também, continuar a servir para impulsionar interpretações mais eficazes, e ampliativas, dos órgãos que compõem o sistema regional de proteção aos Direitos Humanos, a ponto de superar os limites da soberania que continuam a confinar a efetivação desses direitos. Inexiste, do ponto de vista normativo, moral, jurídico, nada que legitime a omissão de grande parte dos Estados que ainda continuam refratários ao sistema tutelar.

As violações aos direitos humanos na América continuam extremas, cotidianas, protagonizadas pela força da soberania. Como pontifica Antonio Augusto Cançado Trindade, ex-



presidente da Corte Interamericana, em declaração de voto na sentença do caso Blake x Estado da Guatemala, provimento emitido pela Corte em 24 de janeiro de 1998:

(...)a diferença de outros tratados, cuja vigência pode, inclusive, ser expressamente limitada no tempo, os tratados dos direitos humanos criam obrigações de proteção de caráter objetivo, sem restrição temporária. Assim, mesmo que prevista a denúncia (mediante certos requisitos), a sua aplicação, em caso extremo, deve sujeitar-se aos controles, devido ao fato de não ser razoável que um Estado-parte comprometa-se a respeitar os direitos humanos e a garantir o seu pleno exercício, somente por alguns anos e que, denunciado o tratado, tudo seria permissível (...)Toda esta revolução doutrinária aponta na direção da consagração de obrigações *erga omnes* de proteção, ou seja, obrigações atinentes à proteção dos seres humanos devidas à comunidade internacional como um todo.(...)A consagração de obrigações *erga omnes* de proteção, como manifestação da própria emergência de normas imperativas do direito internacional, representaria a superação do padrão erigido sobre a autonomia da vontade do Estado. O caráter absoluto da autonomia da vontade já não pode ser invocado perante a existência de normas do *jus cogens*. Não é razoável que o direito contemporâneo dos tratados continue apegando-se a um padrão do qual ele mesmo procurou libertar-se gradativamente, ao consagrar o conceito de *jus cogens* nas duas Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados. Não é razoável que pela aplicação quase mecânica de postulados do direito dos tratados erigidos sobre a autonomia da vontade estatal, freie-se – como no presente caso - uma evolução alentadora impulsionada, sobretudo, pela *opinio juris*, como manifestação da consciência jurídica universal em benefício de todos os seres humanos.³⁷

III Conclusões

O diapasão de sempiternas violações aos direitos humanos no continente nos mostra que além dos avanços experimentados no sistema, como a consolidação de um *corpus juris* amplo, a institucionalização da Comissão e Corte Jurisdicional, como polos atuantes dos mecanismos de proteção, os instrumentos de interação do sistema regional com os internos dos Estados Americanos - cuja obrigação primordial e básica é a de proteger os direitos delineados na Convenção³⁸, cuja omissão tem sido a base de vários provimentos condenatórios emitidos pela Corte Interamericana nos últimos anos -, além de todos esses ganhos é necessário avançar em termos interpretativos e nos esforços dentro do próprio sistema protetivo para superar a pressão imposta, ainda, pela primazia da autonomia da vontade estatal, muitas vezes sobreposta por forças transnacionais capazes de capturar e controlar àquela tradicional soberania.

Restou claro que o direito moderno é artificial, resultado dos embates de forças em conflito que o conformam. *Mas também é, mais em geral, como o querem e o constroem os homens, com suas reivindicações e suas lutas.*³⁹

E é no campo do esforço para a proteção integral dos direitos humanos, esforço a ser empreendido por todos os atores do sistema, que se expõe, da forma mais vítreia possível, o embate entre direito e soberania. Sobre o tema, acentua Kathryn Sikkink:



A doutrina da proteção internacional dos direitos humanos é uma das críticas mais poderosas à soberania, ao modo pelo qual é tradicionalmente concebida, e a prática do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da política internacional de direitos humanos apresenta exemplos concretos de renovados entendimentos sobre o escopo da soberania (...) a política e a prática de direitos humanos têm contribuído para uma transformação gradual, significativa e provavelmente irreversível da soberania, no mundo moderno.⁴⁰

No continente americano, os *homo sacer* continuarão a figurar como seres sacrosacrificantes, vítimas do paradoxo eterno da soberania e direito caso a interpretação dos instrumentos regionais de proteção aos direitos humanos continue tímida e subalterna à autonomia estatal. Se nada nesse campo de lutas for feito, estaremos eternamente condenados, neste continente, tal qual a advertência contida na epígrafe legada por Eduardo Galeano, a vicejarmos, cambaleantes, entre polícia e miséria.

Referências

- ALVARADO, Nathalie e Santiso, Carlos “**Insegurança Endêmica na América Latina**”, jornal Le Monde Diplomatique Brasil, ano8, nº95, junho de 2015.
- ARENDDT, Hannah. “**Origem do Totalitarismo**”. SP: Cia das Letras. 1998.
- AGAMBEN, Giorgio. “**Homo Sacer - O poder soberano e a vida nua I**”. MG: Humanitás, 2004.
- BOBBIO, Norberto. “**Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**”. 2ª ed. Brasília: Editora Edunb, 1992.
- BARAJAS, Rafael e Miguel, Pedro. “**O naufrágio do Estado Mexicano**”, jornal Le Monde Diplomatique Brasil, ano 8, edição 89, dez/2014.
- DIAS, Marina. “**O problema do menor é o maior**”. Le Monde Diplomatique Brasil. Ano 8, nº 96, julho de 2015.
- DIP, Andrea. Jornal El País, matéria “**Jogados aos Leões**”, da Agência Pública, reproduzida em 26.05.2015.
- FERRAJOLI, Luigi. “**A Soberania no mundo moderno**”. SP: Ed. Martins Fontes. 2002.
- Galeano, Eduardo. “**As veias abertas da América Latina**”, 26ª ed. SP: Editora Paz e Terra. 1994.
- GASPARI, Elio. “**A Ditadura Escancarada**”. SP: Companhia das Letras, 2002.
- GAUDICHAUD, Franck. “**De Santiago a Caracas, a ‘mão negra’ de Washington**”, jornal Le Monde Diplomatique Brasil, ano 8, edição nº 95, junho 2015.
- GODOY, Marcelo. “**A Casa da Vovó-uma biografia do DOI-CODI**”. SP: Editora Alameda, 2014.
- Piovesan, Flávia. “**Direitos Humanos e Justiça Internacional**”. SP: Editora Saraiva, 6ª Ed., 2014



SANTOS, Wanderley Guilherme. **A democracia impedida. O Brasil no século XXI**. RJ: FGV editora, 2-17.

SANTISO, Carlos e ALVARADO, Nathalie. “**Insegurança Endêmica na América Latina**”, jornal *Le Monde Diplomatique Brasil*, ano8, nº95, junho de 2015.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. “**O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Limiar do Novo Século: Recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção**”. Artigo inserido na coletânea “Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, legislação e jurisprudência”, Editado pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, SP 2001.

SAKAMOTO, Leonardo. “**Canibalismo: O Maranhão que adota métodos de terror do Estado Islâmico**”. Portal UOL, 19.07.2015, acessado em 03.08.2015. <http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2015/07/19/canibalismo-o-maranhao-que-adota-metodos-de-terror-do-estado-islamico>.

SIKKINK, Kathryn. “Human Rights, Principled issue-networks, and Sovereignty in Latin America, in *International Organizations*. Massachusetts, IO Fundation e Massachusetts Institute of Tecnology, 1993

ZIZEK, Slavoj. “**Primeiro como tragédia, depois como farsa**”. SP: Boitempo Editorial, 2011.

PORTAIS, DOCUMENTOS, JORNAIS CONSULTADOS:

Le Monde Diplomatique Brasil, edições nº 95, ano 8, junho de 2015; nº 96, julho de 2015.

Portal agência pública.

Portal jornal *El País*.

Portal Anistia Internacional Brasil

Portal Uol de notícias.

www.cidh.oas.org.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

Revista *Carta Capital* de 09.01.2015.

Notas

¹ Dentre todos, ver, por exemplo, Santos, Wanderley Guilherme. “A Democracia impedida. O Brasil no século XXI”. RJ: FGV editora. 2017.

² Ferrajoli, Luigi. “A Soberania no mundo moderno”. SP: Ed. Martins Fontes. 2002, p. 45.

³ Sobre a questão do preconceito subjacente aos mentores do colonialismo, conferir o que Luigi Ferrajoli registra acerca dos comentários enunciados por Hegel – uma das mais celebradas mentes europeias da modernidade – sobre os povos originários da América: “Do tempo em que os europeus desembarcaram na América, os povos indígenas desapareceram paulatinamente, ao sopro da atividade europeia. (...) Isso depende da inferioridade desses indivíduos sob todos os aspectos, até mesmo o da estatura. (...) Inferioridade análoga à fauna americana, cujos leões, tigres, crocodilos...têm sim uma semelhança com as espécies correspondentes do Velho Mundo, mas são sob todos os aspectos menores, mais fracos, menos poderosos”.



Op cit., nota 102, p. 106. Note-se que pelo ideário eurocêntrico, até mesmo a exuberante fauna do “novo continente” seria inferior aos animais há séculos extintos pelo avanço da civilização europeia.

⁴ Zizek, Slavoj. “Primeiro como tragédia, depois como farsa”. SP: Boitempo Editorial, 2011, p. 98.

⁵ Tanto os EUA como o Canadá, as maiores potências econômicas da região, não ratificaram, até hoje, o Pacto de San José da Costa Rica como se negam a aceitar a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Fonte [HTTP://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.convencao_americana_ratif.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.convencao_americana_ratif.htm), acesso em 18.05.2015.

⁶ Gaudichaud, Franck: “De 1846 a 1848, o México se viu despojado de metade de seu território em proveito do vizinho do norte. Depois, entre 1898 e 1934, os militares norte-americanos fizeram 26 intervenções na América Central: derrubaram presidentes e instalaram outros; colocaram sob tutela Cuba e Porto Rico (1898); e assumiram o controle do canal interoceânico da antiga província colombiana do Panamá (1903). Abriu-se então a fase de imperialismo militar em apoio à diplomacia do dólar e da monopolização de recursos naturais por empresas como a United Fruit Company, fundada em 1899”. Artigo “De Santiago a Caracas, a ‘mão negra’ de Washington”, jornal *Le Monde Diplomatique Brasil*, ano 8, edição nº 95, junho 2015, p. 16.

⁷ Artigo “De Santiago a Caracas, a ‘mão negra’ de Washington”, jornal *Le Monde Diplomatique Brasil*, ano 8, edição nº 95, junho 2015, p. 16.

⁸ Gaspari, Elio. “A Ditadura Escancarada”. Companhia das Letras, SP 2002, p. 304. Godoy, Marcelo. “A Casa da Vovó-uma biografia do DOI-CODI”. Editora Alameda, SP 2014, p. 78.

⁹ Bobbio, Norberto. “Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant”. Editora Edunb, Brasília, 1992, 2ª Ed., p. 159.

¹⁰ Santiso, Carlos e Alvarado, Nathalie. “Insegurança Endêmica na América Latina”, jornal *Le Monde Diplomatique Brasil*, ano 8, nº 95, junho de 2015, p. 30.

¹¹ Dias, Marina. “O problema do menor é o maior”. *Le Monde Diplomatique Brasil*. Ano 8, nº 96, julho de 2015, p. 4.

¹² Dip, Andrea. *Jornal El País*, matéria “Jogados aos Leões”, da Agência Pública, reproduzida em 26.05.2015.

¹³ “A violência no Brasil tem cor”. Artigo da revista *Carta Capital*, de 09.01.2015

¹⁴ Agamben, Giorgio. “Homo Sacer - O poder soberano e a vida nua I”. Humanitas, MG 2004, p. 173.

¹⁵ Arendt, Hannah. “Origem do Totalitarismo”. Cia das Letras. SP 1998, p. 491.

¹⁶ Agamben, Giorgio, op. cit., p. 81.

¹⁷ Barajas, Rafael e Miguel, Pedro. “O naufrágio do Estado Mexicano”, jornal *Le Monde Diplomatique Brasil*, ano 8, edição 89, dez/2014, p. 14.

¹⁸ Sakamoto, Leonardo. “Canibalismo: O Maranhão que adota métodos de terror do Estado Islâmico”. Portal UOL, 19.07.2015, acessado em 03.08.2015. <http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2015/07/19/canibalismo-o-maranhao-que-adota-metodos-de-terror-do-estado-islamico>.

¹⁹ Agamben, Giorgio. Op. cit., p. 24.

²⁰ Idem, p. 178.

²¹ Galeano, Eduardo. “As veias abertas da América Latina”, Editora Paz e Terra, 36ª edição, SP 1994, p. 25.

²² Ferrajoli, Luigi., op. cit. p. 6.

²³ Idem, p. 9.

²⁴ Ferrajoli, Luigi, op. cit. pp. 11/12.

²⁵ Trindade, Antonio Augusto Cançado. “O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Limiar do Novo Século: Recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção”. Artigo inserido na coletânea “Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, legislação e jurisprudência”., Editado pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, SP 2001, p. 41.

²⁶ Piovesan, Flávia. “Direitos Humanos e Justiça Internacional”., Editora Saraiva, 6ª Ed., SP 2014, p. 157.

²⁷ Piovesan, Flávia. Op cit., p.140.

²⁸ Trindade, A. A. Cançado. Op, cit, p. 59.

²⁹ Trindade, A.A. Cançado. Op. cit., p.28.

³⁰ Idem, p. 30.

³¹ Idem, pp. 34/35.

³² Piovesan, Flávia. Op. cit. p. 158.

³³ Vide artigos 44 a 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

³⁴ Artigos 62 a 68, em especial o seu item 2.

³⁵ Ferrajoli, Luigi. “A soberania no mundo moderno”. Martins Fontes, 1ª Ed., SP 2002, pp. 39/40.

³⁶ Reza o artigo 53 da Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados: ‘É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da



presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”,

³⁷ Trindade, Antonio Augusto Cançado. Declaração arrazoada de voto no caso Blake x Guatemala, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 24.01.1998, sentença inserida na coletânea “Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, legislação e jurisprudência”, Ed. pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, SP 2001, pp. 697/698.

³⁸ Vide artigo primeiro da Convenção Americana de Direitos Humanos.

³⁹ Ferrajoli, Luigi. Op. cit., p. 58.

⁴⁰ Sikkink, Kathryn. “Human Rights, Principled issue-networks, and Sovereignty in Latin America, in International Organizations. Massachusetts, IO Fundation e Massachusetts Institute of Tecnology, 1993, p. 411, *apud* Piovesan, Flávia, “Introdução ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, artigo inserido na coletânea “Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos”, Centro de Estudos da PGE/SP, SP. 2001, p. 81.



Uma visão transconstitucional dos Direitos Fundamentais: uma perspectiva transconstitucional e a necessidade de observar a interpretação das Cortes Internacionais (Uruguay caso 12.553 Jorge, José y Dante Peirano Basso)

A transconstitucional vision of Fundamental Rights: a transconstitucionalism perspective and the need for observe of the internacional courts interpretation (Urugay case 12.553, Jorge, José and Dante Peirano Basso)

Fernando Rodolfo Mercês Moris

Defensor Público do Estado de São Paulo

Membro do Núcleo de Segunda Instancia de Tribunais Superiores

fmoris@defensoria.sp.def.br

Resumo

O artigo discute a jurisprudência brasileira sobre restrição do direito fundamental a liberdade, dentre outras garantias, e o caso n.12553 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a luz da concepção de transconstitucionalismo. Em primeiro momento observa-se a fragmentação de regimes jurídicos internacionais e constitucionais. Em seguida expõe o conceito de transconstitucionalismo de Marcelo Neves, apontando a necessidade de interpretação harmônica e a maior efetividade dos direitos fundamentais. Posteriormente, destaca o caso n.12.553 como precedente da Corte Interamericana e a interpretação das Cortes Superiores brasileiras, a fim de verificar criticamente o transconstitucionalismo na prática de prisões cautelares.

Palavra-chave: Transconstitucionalismo. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Prisão cautelar.

Abstract

The article discusses the brasilian jurisprudence about restricting fundamental right to freedom, among other guarantees, and Inter-American Court of Human Rights case n. 12553, in the light of the theory of transconstitucionalism. At first, the fragmentatition of internacional and constitutional regimes is observed. Then, is exposed Marcelo Neves's concept of transconstitucionalism, point out the need for harmonic interpretation. Subsequently, is emphasising the case n. 12553 as precedente of Inter-American Court of Human Rights and the interpretation of the Brazilian Superior Courts, with the purpose of critically analysed the transconstitucionalism in pretrial detention.

Keywords: *Transconstitucionalism. Inter-American Court of Human Rights. Pretial detention.*



1. Introdução

O presente estudo versa sobre a dimensão interpretativa dos Direitos Fundamentais, consoante os vincos, nuances, extensão e profundidade estabelecido na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), diante do julgado no *Uruguay caso 12.553 Jorge, José y Dante Peirano Basso*, no que se tateia nos estritos arnês da liceidade da restrição da liberdade de ir e vir do homem, que responde a perseguição penal em concreto, e a orientação dominante das Cortes Superiores da República Federativa do Brasil, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, numa visão transconstitucional, sob o enfoque da conversação das Cortes de Justiça.

Analisa-se as premissas da *ratio decidendi* do julgado internacional, suas divergências e confluências, com a orientação dominante da jurisprudência brasileira, da excepcionalidade da restrição da liberdade, e as hipóteses restritas da segregação da liberdade, de forma cautelar, e dentro do transconstitucionalismo, verificando, ou não, o diálogo entre as Cortes Nacionais e Internacional, e mensurar o que se tem como justificado frente o arquétipo legislativo, constitucional e infralegal, se este se verifica adequado e proporcional, no cotejo com o precedente em análise. De passagem, logo de início, se analisa a “*mitigação da soberania do Estado*”, dentro da realidade internacional globalizada e a necessária a harmonia.

2.1. O transconstitucionalismo de Marcelo Neves e a observância dos direitos fundamentais.

Sobre o transconstitucionalismo, como intróito, tem-se a que não se pode mais dimensionar um Estado fora, alheio a uma realidade internacional, diante dos valores universais, “transnacionais”, em constante estabelecimento de laços convencionais, seja de direitos civis, políticos, culturais, sociais e econômicos, com outros Estados e organismos internacionais, existimos em comunidade, e como tal vivemos em fluxos e contrafluxos, procurando na convivência comunitária uma complementariedade de idéias, ideais e troca de riquezas, para surpreender os recursos escassos onde nos outros sobejam, tal como no comércio. Desta feita, as ordens jurídicas constitucionalizadas possuem, ou aceitam, o fenômeno da integração em cooperação, incorporando ordens jurídicas internacionais, com fundamento validade de raiz constitucional, a seus ordenamentos, participando ativamente deste processo integrativo.

A globalização (ou contexto ou sociedade internacional) e as relações internacionais, principalmente entre Estados, modulam o conceito de soberania. Frente a isto, o presente estudo verifica as possíveis antinomias entre o constitucionalizado e a ordem internacional incorporada ao ordenamento brasileiro, é pertinente a ponderação “*Os monistas da linha nacionalista dão relevo especial à soberania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional. Propendem, desse modo, ao culto da constituição, afirmando que no seu texto, ao qual nenhum outro pode sobrepor-se na hora presente, há de encontrar-se notícia do exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras. Se é certo que pouquíssimos autores, fora do contexto soviético, comprometerem-se doutrinariamente com o monismo nacionalista, não menos certo é que essa idéia norteia as convicções judiciais em*



inúmeros países do ocidente – incluídos o Brasil e os Estados Unidos da América-, quando os tribunais enfrentam o problema do conflito entre normas de direito internacional e de direito interno.”¹

Se tomar, desavisadamente, a presente passagem “*À Constituição todos devem obediência: o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, por todos seus órgãos em agentes, seja de que escalão forem, bem como todos os membros da sociedade. Ninguém, no território nacional escapa ao seu império*”², como expressão monolítica, despregada de uma realidade comunitária internacional, de valores transterritoriais, continentais e globais, em espaços de ordens jurídicas internacionais, dos quais os Estados se comprometeram a aderir, remete ao Leviatã isolado, que não reconhece suas limitações, o que não se pode admitir.

Os Estados convergem e cedem suas posições, em curvaturas políticas cujas angulações trazem o debate ao espaço de um novo constitucionalismo, longe do monolítico, sendo (havendo) realidades de nuances, carências e valores universais e parciais, cerrar os olhos é ignorar existências da necessária diferença para complementariedade. É a tecnologia jurídica da integração global, fruto do espaço conquistado pelos Estados na vigência o capitalismo e da garantia histórica de arrancada dada pelos Estado Liberais e do Liberalismo, além de contextos de guerras mundiais que fizeram surgir o Estado Democrático de Direito e o reconhecimento dos Direitos Humanos Fundamentais.

É entre o espaço do constitucionalismo e do direito internacional que o transconstitucionalismo atua na ponderação pela harmonia, recebe maior relevo, conforme se verifica no seguinte trecho:

Mas o peculiar ao transconstitucionalismo não é a existência desses entrelaçamentos entre ordens jurídicas, o chamado “transconstitucionalismo jurídico”. No caso do transconstitucionalismo, as ordens se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autoviculantes e dispõem-se de primazia. Trata-se de uma “conversação constitucional”, que é incompatível com um “constitucional diktat” de uma ordem em relação a outra. Ou seja, não cabe falar de uma estrutura hierárquica entre ordens: a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora. Há reconstrução de sentido, que envolve uma certa desconstrução do outro e uma autodesconstrução: tanto conteúdos de sentido do “outro” são desarticulados (falsificados!) e rearticulados internamente, quanto conteúdos de sentido originário da própria ordem são desarticulados (falsificados!) e rearticulados em face da introdução do “outro”³.

Marcelo Neves também expõem:

O transconstitucionalismo faz emergir, por um lado, uma “fertilização constitucional cruzada”. As cortes constitucionais “citam-se reciprocamente não como precedente, mas como autoridade persuasiva”. Em termos de racionalidade transversal, as cortes dispõem-se a um aprendizado construtivo com outras cortes e vinculam-se às decisões dessas. Por outro lado, há “uma combinação de cooperação ativa e conflito vigoroso entre cortes nacionais envolvidas em litígios transnacionais entre partes privadas além das fronteiras. Os “litígios globais” levam, então ao surgimento da “comitês judicial”, que “fornece a estrutura e as regras básicas para um diálogo global entre juizes no contexto de casos específica”, ao “julgamento” de juizes e à “negociação judicial”. A respeito desses novos fenômenos, a dimensão constitucional manifesta-se mais claramente quando estão envolvidos tribunais constitucionais no sentido amplo da expressão, ou seja, tribunais encarregados exclusiva ou principalmente de julgar questões jurídico-



constitucionais. Com o tempo, o incremento das relações transterritoriais com implicações normativas fundamentais levou à necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado. Os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassaram fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas. O mesmo ocorreu com a organização do poder, com a questão de como combinar a limitação e o controle do poder com sua eficiência organizacional. O tratamento desses problemas deixou de ser um privilégio do direito constitucional do Estado, passando a ser enfrentado legitimamente por outras ordens jurídicas, pois eles passaram a apresentar-se como relevantes para essas. A questão do transconstitucionalismo não se refere, portanto, à referência inflacionária à existência de uma Constituição em praticamente toda nova ordem jurídica que emerge com pretensão de autonomia. Não interessa primariamente ao conceito de transconstitucionalidade saber em que ordem se encontra uma Constituição, nem mesmo defini-la como um privilégio do Estado. O fundamental é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas.⁴

A construção do transconstitucionalismo funda-se na harmonia interpretativa, em constante diálogo, ainda que existam peculiaridades locais, mas a garantia aos compromissos assume especial diferença na construção de uniformidade de *ratio decidendi* além-fronteiras⁵.

2.2. Análise Jurisprudencial sobre a prisão provisória e garantias fundamentais.

O precedente da Corte Interamericana, objeto deste estudo (*Uruguay caso 12.553 Jorge, José y Dante Peirano Basso*), ao cotejo com o eixo da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, nos traz a necessária reflexão de como se construir a aplicação do transconstitucionalismo, decorrente das soluções decorrentes do “*entrelaçamento das ordens jurídicas*” e do necessário diálogo entre as ordens jurídicas e as Cortes Superiores, sem que isto venha a construir uma interpretação dos tratados internacionais, consoante a constituição, um ordenamento parcial, entre as diversas ordens jurídicas internacionais.

Quanto ao caso 12.553 que fora denunciado a Comissão Interamericana de Direitos Humanos versa sobre três homens uruguaios que estavam presos desde 08 de agosto de 2002, sem acusação. Esses homens permaneceram presos por dois anos e meio, sendo que o crime em que eram investigados admitia liberdade durante o processo, conforme consta no Informe n. 86/09 da Comissão Interamericana.

Isto posto, considerando que no ordenamento jurídico interno brasileiro também são permitidas prisões cautelares, deve-se ressaltar que cidadãos podem ficar a mercê da demora dos trâmites processuais, possibilitando a violação do direito a liberdade, da presunção de inocência, de um julgamento justo, do prazo razoável do processo, entre outras garantias previstas na Convenção Americana, como fora o caso do Uruguai. Frente a isto, é relevante analisar a aplicação e a interpretação da Convenção Americana bem como a observância do precedente do caso n. 12.553 pelo Poder Judiciário em



âmbito doméstico, principalmente nas Cortes Superiores pátrias, destacando o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Sobre as disparidades entre a jurisprudência interna brasileira e o precedente da Corte Interamericana, Andre de Carvalho Ramos lança a seguinte objeção:

A primeira modalidade de dissonância entre as ordens jurídicas internacional e nacional é o uso doméstico deturpado de tratados e demais normas internacionais graças ao hábito da interpretação nacional de tratados, sem conexão com a interpretação internacional. No Brasil, essa modalidade fez surgir uma nova espécie de norma: os tratados internacionais nacionais. O modo de criação dessa espécie tipicamente brasileira é o seguinte: o Brasil ratifica tratados e reconhece a jurisdição de órgãos internacionais encarregados de interpretá-los; porém, subsequentemente, o Judiciário nacional continua a interpretar tais tratados nacionalmente, sem qualquer remissão ou lembrança da jurisprudência dos órgãos internacionais que os interpretam. Porém, o reconhecimento da interpretação internacional dos tratados ratificados pelo Brasil é consequência óbvia dos vários comandos constitucionais que tratam de tratados. De que adiantaria a Constituição pregar o respeito a tratados internacionais se o Brasil continuasse a interpretar os comandos neles contidos nacionalmente? Essa consequência natural da aceitação de tratados pelos diversos Estados foi detectada pela Suprema Corte de Justiça da Argentina no emblemático julgamento de 2005 sobre as leis de ponto final e obediência debida, que assim se pronunciou: “De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional”.³¹ Contudo, há pouca discussão sobre a consequência natural da ratificação de tratados internacionais pelo Brasil, que é a adoção dos parâmetros internacionais de interpretação dessas normas. Verifico, então, que o Direito Internacional no Brasil está manco: formalmente, o Brasil está plenamente engajado; na aplicação prática, há quase um total silêncio sobre a interpretação dada pelo próprio Direito Internacional (na voz de seus intérpretes autênticos, como, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, etc.). Se a interpretação judicial brasileira for contrária à interpretação desses órgãos internacionais, o Brasil responderá por isso e, pior, para o jurisdicionado existirá a sensação de que o tratado em tela foi distorcido e só foi usado como retórica judicial para fins de propaganda externa.⁶

Feito o breve intróito o caso *Uruguay caso 12.553 Jorge, José y Dante Peirano Basso* da CDIH, nos traz a discussão à luz do transconstitucionalismo, dos seguintes direitos fundamentais “do direito de ser julgado num prazo razoável, a direito à liberdade durante o processo judicial, o direito a ser ouvido em condições garantir o devido processo, o direito a um julgamento justo e imparcial e o direito à igualdade perante a lei”⁷⁸, garantias previstas na Convenção Americana, utilizadas no utilizadas no Caso supra citado e que encontram igual disposição nos incisos I, II, III, XLIX, LIV, LV, LVII, LXI, LXV, LXVI, LXXVIII, § 2º, do artigo 5º e IX, do artigo 93, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988⁹.

Estando em debate a restrição do direito a liberdade e outras garantias fundamentais, principalmente sobre sua validade e legitimidade, os vincos lançados por Robert Alexy ilumina o caminho, ao consignar que:

O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição – entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for



definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de teoria externa. ... Por isso, segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e coletivos. Um cenário completamente diferente é a base de sustentação da teoria interna. Segundo ela, não há duas coisas – o direito e sua restrição –, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo limite. Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo quando se fala em “restrições” no lugar de “limites”, então, se fala em “restrições imanescentes”¹⁰

Verificando a restrição de direitos fundamentais na situação de prisões é relevante analisar o confronto do norte interpretativo deferido pelo Supremo Tribunal Federal, e Superior Tribunal de Justiça, aos postulados constitucionalizados da isonomia, legalidade, devido processo legal, presunção da inocência, excepcionalidade da prisão antes da condenação, duração razoável da prisão, da necessária fundamentação idônea das decisões judiciais e da observância dos tratados internacionais dos direitos e garantias fundamentais. É relevante examinar a validade das restrições a estes direitos durante persecução penal instaurada em concreto e a interpretação albergada pela CIDH e pelo Judiciário brasileiro. Nesse sentido se busca a contribuição do transconstitucionalismo.

Ajunte-se a esta já ter o Supremo Tribunal Federal se pronunciado pela máxima efetividade dos Direitos Fundamentais, principalmente estando em enfoque o aplicabilidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como se observa no HC96772¹¹, estando ao encontro do julgamento do caso n. 12.553¹².

No precedente *Uruguay caso 12.553 Jorge, José y Dante Peirano Basso* da CIDH restou assentado que as restrições a direitos fundamentais devem ser interpretadas da forma mais restritiva possível, não havendo aberturas para criações legais, ou mesmo jurisprudenciais, que não prestigiem a máxima eficácia destes, e neste caminho a liberdade individual deve ser sempre prestigiada pelos Estados-partes, sendo que a prisão cautelar deve somente ocorrer em caso de tentativas de burlar a ação da justiça ou que tentar obstruir a investigação judicial¹³, *ratio decidendi* do precedente, aqui abrindo a dissonância com o Código de Processo Penal de 1941¹⁴, nas modalidades que prevê a prisão preventiva, inclusive a custódia acautelatória temporária¹⁵ prevista na legislação extravagante. Não se prospecta, pelo viés interpretativo da CIDH, validade para a custódia cautelar para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, na imprescindibilidade das investigações do inquérito policial, na ausência de residência fixa do investigado, na ausência de esclarecimentos da identidade ou pela prática de determinadas infrações penais. Nenhuma destas causas guardam relação direta com o precedente da CIDH, ou seja de burla da justiça ou obstrução da investigação.

Em pesquisa à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, apercebe-se que não é de observância usual de Cortes Supremas brasileiras, a fundamentação de seus julgamentos em precedentes da CIDH e dos Tratados Internacionais de



Direitos Humanos, no que toca a legitimidade das prisões, prisma sobre o qual se desenvolve o transconstitucionalismo, há poucos e raros precedentes, o que se reflete na fundamentação de seus julgados. Esta novel orientação, decorrente da supremacia dos direitos fundamentais que possuem valor transterritoriais, advinda do ordenamento jurídico internacional incorporado, deveria sistematicamente influenciar em nossa realidade jurídica, o que não vem sendo objeto de difusão perante os magistrados de Cortes de Justiça nacionais, e magistrados de primeira instância, sejam estes federais ou estaduais, seja pela jurisprudência vinculante, persuasiva ou de orientação do Conselho Nacional de Justiça.

Conquanto a jurisprudência, inclusive a sumulada¹⁶¹⁷, por estas Cortes Superiores, no que toca a prisão cautelar, tem fundamentos semelhantes aos esposados nos precedentes da CIDH, esta não é de caráter vinculante, amarrando estruturalmente os entendimentos judiciais, conferindo segurança jurídica e previsibilidade das decisões jurisdicionais, podendo cada magistrado dar a este entendimento sumulado, e inclusive aos tratados internacionais, dimensões reducionistas, coarctando a amplitude das garantias dos direitos fundamentais internacionalmente reconhecida.

Observe-se que no entendimento sumular, em sua maioria, vaza preceitos de conteúdo aberto, que podem ter o albergue na *ratio decidendi* da jurisprudência da CIDH, naquilo que não a confronta, estando vedada custódia automática, ou da mudança de título da prisão, sem os conteúdos da cautelaridade, esta definida pela jurisprudência e tratados internacionais, garantia contra a investida despótica do Estado na esfera de liberdade, considerada despida de quaisquer fundamentação qualquer outra que não tenha fundamento de validade haurido nos compromissos internacionais.

Há enunciados sumulares que desconsideram, por completo, os requisitos da cautelaridade, de resguardo da instrução probatória, processual penal, transfigurada em prisão antecipada, o que viola a presunção de inocência, tais como a convolação da prisão pela superveniência da pronuncia, ou da circunstância decorrente do encerramento da instrução probatória e da aberração da expedição de mandado de prisão na execução provisória da pena, situações incompatíveis com o diálogo dos valores transindividuais reconhecidos pelo precedente da CIDH (*Uruguay caso 12.553 Jorge, José y Dante Peirano Basso*).

A restrição deve encontrar motivo idôneo no caso concreto, posto que a custódia cautelar fora destas disposições ofende aos postulados da presunção de inocência¹⁸, evitando-se a tendência do magistrado em corroborar a prisão, sem a análise perfunctória dos autos.

A prisão cautelar, diante de sua excepcionalidade, deve ser a mais breve possível vez que a regra é a de responder ao processo em liberdade, diretriz normativa da Constituição da República de 1988, Código de Processo Penal e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

A prisão cautelar é providência, acessória e autônoma e excepcional, prestando-se a garantia do processo, e seus resultados, não como antecipação de pena. E como tal, na excepcionalidade é despregada da pretensão punitiva, presta-se a esta, mas não integra seu conteúdo de instrumental processual.



Não há lugar para aprisionamento cautelar decorrente da lei, sendo a supressão de liberdade de caráter apriorístico, ou de dilações indevidas para o julgamento, bem por isso o Supremo Tribunal Federal¹⁹, alinhando-se a *ratio decidendi* do precedente *Uruguay caso 12.553 Jorge, José y Dante Peirano Basso*, assentou que:

A aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ("A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2ª ed., Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999, p. 72), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto). Registro, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplicase a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a Administração e o Judiciário, tal como lembra Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2ª ed., p. 264). Tenho para mim que essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória (Lei n. 11.343/2006, art. 44) é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros. É que a Lei de Drogas, ao afastar a concessão da liberdade provisória de forma apriorística e genérica, retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar, em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais. A previsão constitucional de que o crime de tráfico de entorpecentes é inafiançável (art. 5º, XLIII) não traduz dizer que seja insuscetível de liberdade provisória, pois conflitaria com o inciso LXVI do mesmo dispositivo, que estabelece que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança²⁰.

Pertinente seria, na oportunidade, de proceder o cotejo com a jurisprudência da CIDH, o que ressaltaria o valor neste precedente nacional paradigmático.

Contudo, citando a Convenção Interamericana, de forma incipiente, o Supremo Tribunal Federal promove o transconstitucionalismo, em julgado mais recente²¹. No voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do HC 91657, se revela a adoção do ordenamento internacional incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, no seguinte sentido:

A idéia do Estado de Direito imputa, portanto, ao Poder Judiciário, o papel de garante dos direitos fundamentais. Por conseqüência, é necessário ter muita cautela, para que este instrumento excepcional de constrição da liberdade não seja utilizado como pretexto da massificação das prisões preventivas. Em nosso Estado de Direito, a prisão é uma medida excepcional e, por esta razão, não pode ser utilizada como meio generalizado como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos. E não vejo razão, tanto com base em nossa Carta Magna, quanto aos tratados internacionais com relação ao respeito aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, de que somos



signatários, para que não apliquemos tal entendimento no que concerne aquelas prisões preventivas para fins de extradição. O Pacto de San José da Costa Rica, celebrado com a finalidade de celebrar a perpetuação da cultura da impunidade quanto à violação dos direitos e garantias fundamentais nos âmbitos nacionais, e ratificado pelo Governo Brasileiro, proclama a liberdade provisória como direito fundamental da pessoa humana, e, como tal tem caráter de universalidade e transnacionalidade. Em sessão plenária de 22 de novembro de 2006, o Supremo Tribunal Federal deu um grande passo jurisprudencial quanto à questão da incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. No julgamento do RE nº466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, e do RE nº 349.703, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão, sete Ministros (Cezar Peluso, Gilmar Mandes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio) votaram no sentido de se declarar a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia. Entendeu-se que, tendo em vista o caráter supralegal dos tratados sobre direitos humanos, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, 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), 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. Naquela assentada, ressaltei meu entendimento no sentido de que a prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha para as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos. Disse, ainda, que era preciso ponderar, no entanto, se com contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado Constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada. Não se pode perder de vista que hoje vivemos em um “Estado Constitucional Cooperativo”, identificado pelo professor Peter Haberle como aquele que não mais se apresenta com um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais (HABERLE, Peter. El estado constitucional. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2003, p.75-77). Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos, embora não possam afrontar a supremacia da Constituição, tem 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.²²”

Deste modo, há o reconhecimento da excepcionalidade das prisões no curso das investigações criminais e, ainda, ante a restrição da liberdade durante este momento o processo deve ter prioridade, para que o seu julgamento ocorra com a maior brevidade possível, o que se verifica do precedente da CIDH e também no Supremo Tribunal Federal²³ e Superior Tribunal de Justiça²⁴. Isso pressupõe que a persecução penal esteja o mais aparelhada de provas pré-constituídas possíveis, assegurando que ninguém pode estar a sujeito a ingerências investigatórias arbitrárias, fulcradas na restrição de liberdade, o que ofende a presunção de inocência e o julgamento célere.

Seguindo a mesma orientação da CIDH a complexidade dos casos não pode ser motivo idôneo à manutenção da prisão cautelar, com a invocação do princípio da proporcionalidade. Se de um lado a restrição à liberdade é exceção, esta não pode ser usada como transfiguração de antecipação da pena. O Estado, ao promover a acusação,



deve estar embasado, com o máximo de elementos de prova pré-constituída, a aparelhar a início da persecução penal, e não invocar a complexidade da causa como argumento de idoneidade da manutenção em cárcere, e aqui não observamos o norte dos precedentes internacionais na jurisprudência pátria²⁵.

O argumento da proporcionalidade, para o aquilamento das prisões temporárias, não está prevista na Constituição da República de 1988, Código de Processo Penal e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, não dialoga com os valores transcontinentais e muito menos com os valores do precedente *Uruguay caso 12.553 Jorge, José y Dante Peirano Basso* CIDH.

Se por um lado não se pode determinar que a instrução tenha prazo fixo, tabelado, e há juízo prudencial neste entendimento, por outro o adelgaçamento, sem qualquer prazo, ofende a garantia da presunção de inocência e do julgamento sem dilações indevidas, ferindo também o devido processo legal.

Ainda, a complexidade e proporcionalidade não devem ser interpretadas em detrimento da garantia da liberdade do homem, estas são basilares da limitação do jus puniendi do Estado, e interpretar que o uso pelo acusado dos recursos e meios impugnativos, oferecidos pelo sistema legal, justifica a prisão, em detrimento de sua liberdade, é tornar lícita a arbitrariedade, exurgindo como se fosse uma barganha, não dar defesa efetiva pode ser o meio de se questionar eventual prisão ilegal, o que é censurável e inadmissível.

Não se poder impugnar, ou recorrer, em exercício da defesa, posto que, sendo previsíveis atos processuais, a ineficiência do Estado, de dar a mesma importância ao meio impugnativo de defesa como o faz em prioridade e efetividade da acusação, possa justificar a prisão pela arguição de dilação oferecida pela defesa. E aqui, pelo que se infere dos precedentes nacionais²⁶ nem se perquire a má-fé da defesa do acusado.

Pior, se afastam as Cortes Nacionais de um diálogo com os valores dos tratados e jurisprudência internacional, em especial de cúspide do sistema de justiça brasileiro, ao, reconhecendo o excesso de prazo, mesmo na desproporcionalidade mais aberrante, deferir as concessões de ordem, ou no indeferimento, mantendo-se a prisão indevida, o que se verifica é inadmissível e obtuso, ofendendo a presunção de inocência e o julgamento sem dilações indevidas, exurgindo, o que causa espécie determinações para se julgue o processo com extrema celeridade²⁷.

3. Considerações Finais

Feitas estas considerações apercebe-se, diante da jurisprudência da CIDH, no precedente *Uruguay caso 12.553 Jorge, José y Dante Peirano Basso*, em confronto com os precedentes nacionais, temos uma interpretação local do ordenamento internacional, relegando a transterritorialidade dos direitos fundamentais, hermenêutica e dimensão que não pertencem a um Estado, mas a uma realidade internacional, integrada, capilarizada e globalizada, estando-nos ainda, e aqui uso o adequado advérbio, mais uma vez,



incipientes na prática do transconstitucionalismo. Se, por um lado, pregamos o controle de convencionalidade, como expressão repressiva das incoerências e das transgressões aos tratados internacionais, por outro o desenvolvimento do diálogo entre Cortes de Justiça²⁸, internacionais e nacionais, traz a segurança pela confluência e consenso, dentro da dimensão do transconstitucionalismo, mas o caminho é longo²⁹.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. Malheiros Editores, 2008, p. 278.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Vade Mecum RT. 14 ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunal, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 91657. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 14 de mar. de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=91657&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 01 de ago. de 2017.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. Malheiros Editores, 1ª Ed., 3ª Tiragem, p. 12.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Martins Fontes, 2013.

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**, São Paulo, v. 106/107, p. 497-524 (511), jan./dez. 2011/2012.

REZECK, Francisco. **Direito Internacional Público**. Saraiva, 13ª edição, 2011.

¹ REZECK, Francisco. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO, Saraiva, 13ª edição, 2011, p.29

² MELLO, Celso Antonio Bandeira de, EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS SOCIAIS, Malheiros Editores, 1ª Ed., 3ª Tiragem, p. 12.

³ NEVES, Marcelo. TRANSCONSTITUCIONALISMO, Martins Fontes, 2013, p. 118-119.

⁴ NEVES, 2013, p. 120-121.

⁵ No mesmo sentido, em relação as Cortes Internacionais de Justiça: “A Coordenação e o diálogo entre os tribunais internacionais são da maior relevância, pois muitos de seus aspectos são complementares.” (TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. OS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS E A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA, Renovar, 2015, p.38)

⁶ RAMOS, André de Carvalho. PLURALIDADE DAS ORDENS JURÍDICAS: UMA NOVA PERSPECTIVA NA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO CONSTITUCIONAL, R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 106/107, p. 497-524 (511), jan./dez. 2011/2012.’

⁷ *Uruguay caso 12.553 Jorge, José y Dante Peirano Basso*, Relatório nº 86/09, I Resumo, item 1.

⁸ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

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.

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:

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.

⁹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

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;

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;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

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.

§ 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.

¹⁰ ALEXY, Robert. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, Malheiros Editores, 2008, p. 278.

¹¹ "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. - **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.** (grifo nosso) A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. - **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 ^(grifo nosso). (HC 96772, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-04 PP-00811 RTJ VOL-00218- PP-00327 RT v. 98, n. 889, 2009, p. 173-183).

¹² Referido entendimento coincide com o disposto no item 75, *Uruguay caso 12.553 Jorge, José y Dante Peirano Basso*, *verbis*: “75. Como toda limitación a los derechos humanos, ésta debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio *pro homine*, por el cual, en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos. Ello se impone, asimismo, para evitar que la excepción se convierta en regla, debido a que esa restricción de naturaleza cautelar se aplica sobre una persona que goza del estado de inocencia hasta tanto un fallo firme lo destruya. De ahí la necesidad de que las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso, y antes de la sentencia definitiva, sean de interpretación y aplicación restrictiva, con el cuidado de que no se desnaturalice la garantía antes citada.”

¹³ Item 75, *Uruguay caso 12.553 Jorge, José y Dante Peirano Basso*, *verbis*: “81. La Convención prevé, como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial, en su artículo 7(5): "Toda persona detenida o retenida... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta em libertad. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio". Por medio de la imposición de la medida cautelar, se pretende lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los peligros procesales que atentan contra ese fin.”

¹⁴ DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

¹⁵ LEI Nº 7.960, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989.

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

¹⁶ Súmulas do Superior Tribunal de Justiça:

A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. (Súmula 9, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 06/09/1990, DJ 12/09/1990, p. 9278);

Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução. (Súmula 21, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 06/12/1990, DJ 11/12/1990, p. 14873);

Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo. (Súmula 52, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 17/09/1992, DJ 24/09/1992, p. 16070);

A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. (Súmula 267, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2002, DJ 29/05/2002, p. 135);



O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão. (Súmula 347, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/04/2008, DJe 29/04/2008).

¹⁷ Súmula 697 do Supremo Tribunal Federal: A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo.

¹⁸ Itens 76, 77 e 78 do precedente *Uruguay caso 12.553 Jorge, José y Dante Peirano Basso*.

¹⁹ Habeas corpus. 2. ... 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Constrição cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida. (HC 104339, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06-12-2012).

²⁰ HC 104339, Relator: Min. GILMAR MENDES, trecho do voto, p. 8-9.

²¹ Habeas corpus. 1. Pedido de revogação de prisão preventiva para extradição (PPE). 2. ... 3. ... 4. ... 5. ... **6. PPE. Apesar de sua especificidade e da necessidade das devidas cautelas em caso de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, é desproporcional o tratamento que vem sendo dado ao instituto. Necessidade de observância, também n a PPE, dos requisitos do art. 312 do CPP, sob pena de expor o extraditando a situação de desigualdade em relação aos nacionais que respondem a processos criminais no Brasil. 7. A PPE deve ser analisada caso a caso, e a ela deve ser atribuído limite temporal, compatível com o princípio da proporcionalidade; e, ainda, que esteja em consonância com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que com partilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos. 8. O Pacto de San José da Costa Rica proclama a liberdade provisória como direito fundamental da pessoa humana (A rt. 7º,5). 9. A prisão é medida excepcional em nosso Estado de Direito e não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos (Art. 5º, LXVI). Inexiste razão, tanto com base na CF/88, quanto nos tratados internacionais com relação ao respeito aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, para que tal entendimento não seja também aplicado às PPE's. 10. Ordem deferida para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da Extradição no 1091/Panamá (grifo nosso). ... (HC 91657, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/2007, DJe-047 DIVULG 13-03-2008 PUBLIC 14-03-2008 EMENT VOL-02311-02 PP-00293 RTJ VOL-00204-03 PP-01235).**

²² HC 91657, Min. GILMAR MENDES, trecho do voto.

²³ HABEAS CORPUS” - ALCANCE E CONTEÚDO DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO. - ... DIREITO A JULGAMENTO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS. - O direito ao julgamento sem dilações indevidas qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do “due process of law”. - O réu - especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade - tem direito subjetivo de ser julgado, pelo Poder Judiciário, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva nem dilações indevidas. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. - O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas, em tempo razoável e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional. Doutrina. Precedentes. (HC 99289, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-149 DIVULG 03-08-2011 PUBLIC 04-08-2011 EMENT VOL-02559-01 PP-00075).

²⁴ RECURSO EM HABEAS CORPUS. ARTS. 157, § 1º, DO CÓDIGO PENAL, E 14 DA LEI N. 10.826/03. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DE CARTAS PRECATÓRIAS REQUERIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRISÃO OCORRIDA HÁ MAIS DE UM ANO. FALTA DE RAZOABILIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO PROVIDO. 1. Os prazos indicados na legislação processual penal para a conclusão dos atos processuais não são peremptórios, de maneira que eventual excesso de prazo deve ser aferido dentro dos critérios da razoabilidade, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto. 2. Evidenciado atraso irrazoável e injustificado para cumprimento de



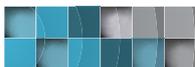
cartas precatórias requeridas pelo órgão acusatório, não se pode admitir a segregação cautelar há mais de um ano, cuja demora não decorreu de atitude da defesa ou da complexidade do litígio - ação penal com apenas um réu -, mas simplesmente da ineficiência estatal em conferir celeridade ao feito. 3. Recurso provido para que o recorrente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de imposição, por decisão fundamentada, do juiz natural, de cautela pessoal alternativa, nos termos dos arts. 319 c/c 282, ambos do CPP. (RHC 55.561/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 06/04/2015).

²⁵ Penal. Processual Penal. Prisão preventiva. Excesso de prazo. Complexidade da instrução probatória. 1. O decreto de prisão preventiva, no caso, está devidamente fundamentado. 2. Afigura-se razoável o prazo da prisão cautelar diante da complexidade da causa e da respectiva instrução probatória. 3. Habeas corpus denegado. (HC 92729, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 12/02/2008, DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008 EMENT VOL-02316-06 PP-01161 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 428-436)

²⁶ Agravo regimental em habeas corpus. Processual penal. Excesso de prazo na formação da culpa. Constrangimento ilegal. Não ocorrência. Retardamento ocasionado por conta do legítimo exercício do direito de defesa. Recursos interpostos pelo agravante com regular tramitação. Agravo regimental ao qual se nega provimento. 1. Não há constrangimento ilegal, por excesso de prazo, quando o retardamento na formação da culpa decorre do legítimo exercício do direito de defesa exercido pelo agravante, cujos recursos têm regular tramitação. 2. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (HC 127914 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 30/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-164 DIVULG 20-08-2015 PUBLIC 21-08-2015)

²⁷ Recurso ordinário em habeas corpus. 2. 3. Prisão preventiva. Necessidade de garantia da ordem pública. 4. Gravidade demonstrada pelo modus operandi. Periculosidade do acusado. Concreta probabilidade de reiteração delitiva. Fundamentação idônea que recomenda a medida constritiva. 5. Alegação de excesso de prazo na formação da culpa. Não ocorrência. 6. Ausência de constrangimento ilegal. 7. Recurso ao qual se nega provimento. Recomendação de celeridade no julgamento da ação penal pelo Tribunal do Júri. (RHC 128241, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 25-09-2015 PUBLIC 28-09-2015).

²⁸ Dentro da pesquisa, na indexação pela Secretaria de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente um precedente trouxe o diálogo entre as cortes de justiça mais intenso, quanto a presunção de inocência, confrontado com processos e inquéritos arquivados, que não sendo a abordagem dos comparativos do estudo, mas vale a transcrição do seguinte trecho do voto do Min. Marco Aurélio: *“Esse ponto de vista está em absoluta consonância com a moderna jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na decisão relativa ao caso Ricardo Canese (Sentença de 31 de agosto de 2004, Série C, nº 111, parágrafo 154), por exemplo, referiu-se ao princípio consubstanciado no artigo 8º, parágrafo 2º, do Pacto de São José da Costa Rica 6, promulgado entre nós pelo Decreto nº 678/2002, como um elemento essencial para a realização efetiva do direito à defesa, a acompanhar o acusado durante toda a tramitação do processo, até que o título condenatório no qual assentada a culpabilidade transite em julgado. Em pronunciamento alusivo ao caso Cabrera García e Montiel Flores (Sentença de 26 de novembro de 2010, Série C, nº 220, parágrafo 184), entendeu vulneradora da garantia a decisão judicial em que refletida opinião a selar a culpa do acusado antes de este vir a ser pronunciado como tal. No julgamento dos casos Tibi (Sentença de 7 de setembro de 2004, Série C, nº 114, parágrafo 182) e Cantoral Benavides (Sentença de 18 de agosto de 2000, Série C, nº 69, parágrafo 120), assinalou ser defeso ao Estado condenar informalmente uma pessoa ou emitir juízo de valor à sociedade, de molde a formar opinião pública, enquanto não cancelada a responsabilidade penal. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem também se manifestou acerca do tema nas muitas vezes em que foi chamado a interpretar o sentido e o alcance do item 2 do artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Asseverou não se limitar o conteúdo da norma a uma garantia de processo, isso por se revelar de observância obrigatória a toda e qualquer autoridade pública – juízes, representantes do Ministério Público¹⁰, ministros de Estado¹¹, parlamentares¹², policiais¹³, entre outros – impossibilitando, assim, que um representante do Estado venha a declarar a culpa de uma pessoa antes de o Poder Judiciário estabelecê-la em definitivo¹⁴. De maneira similar, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas recomenda, no Comentário Geral nº 32, acerca do direito a um julgamento justo (HRI/GEN/1/Rev.9, volume I, página 303, parágrafo 30), que o Poder Público deve abster-se de prejulgar o acusado, instando as autoridades a demonstrarem a contenção que o artigo 14, nº 2, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592/1992) preconiza. ...*



Desprovejo o recurso, deixando de agasalhar o que alegado sobre a ofensa ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, mas não sem deixar de ressaltar, uma vez mais, que, sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, e não este, aquele, e que os institutos, as expressões e o vocábulos têm sentido próprio e, diria mesmo, coerente. É como voto.” (grifo nosso). (RE 591054, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-037 DIVULG 25-02-2015 PUBLIC 26-02-2015).

²⁹ “Diante do exposto, pode-se inferir que o transconstitucionalismo é um recurso escasso da sociedade mundial. Entrelaçamentos transconstitucionais estáveis entre ordens jurídicas só ocorreram , até agora, em âmbitos muito limitados do sistema mundial de níveis múltiplos, seja do ponto de vista territorial ou funcional. E prevalecem as perspectivas desfavoráveis a desenvolvimentos positivos. Seria totalmente ilusória a idéia de que as experiências com a racionalidade transversal nos termos do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estão generalizadas ou em condições de generalizar-se em curto ou médio prazo. Essas experiências fazem parte dos privilégios de alguns âmbitos jurídicos de uma sociedade mundial sensivelmente assimétrica.” (NEVES, 2013, p.285).



O Caso Gelman Vs. Uruguai e o Controle de Convencionalidade como obrigação de toda autoridade pública

The Gelman v. Uruguay Case and the Conventional Control as an obligation of all public authorities

Davi Quintanilha Failde de Azevedo
Defensor Público do Estado de São Paulo
dqazevedo@defensoria.sp.def.br

Resumo

O presente ensaio busca analisar o controle de convencionalidade conforme construído pelo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a partir do precedente trazido pelo Caso Gelman Vs. Uruguai. A partir de tal caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) passou a estender a obrigação de verificar a compatibilidade da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH) em relação a práticas internas a toda autoridade pública. Inicialmente, no primeiro ponto, foi realizada uma análise sobre o conceito de controle de convencionalidade, em seguida, no segundo ponto, foi discorrido sobre o desenvolvimento de tal conceito pela jurisprudência da CIDH. Ainda na análise jurisprudencial, optou-se por abordar maiores detalhes do Caso Gelman, ressaltando-se o ponto no qual a CIDH decidiu que qualquer autoridade pública tem o dever de exercer o controle de convencionalidade. Por fim, tentou-se elucidar o conteúdo de tal obrigação, levantando-se questões sobre seu alcance e efeitos.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade. Sistema Interamericano de Proteção. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract

The present essay aims to analyze the control of conventionality as constructed by the Inter-American System for the Protection of Human Rights, based on the precedent brought by the Gelman v. Uruguay Case. After this case, the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) extended the obligation to verify the compatibility of the Inter-American Convention on Human Rights (ACHR) with internal practices of all public authorities. Initially, in the first point, an analysis was performed on the concept of control of conventionality, then in the second point, it was discussed the development of such concept by IACHR jurisprudence. Also in the jurisprudential analysis, more details of the Gelman Case were studied, highlighting the point at which the IACHR decided that any public authority has the duty to exercise the control of conventionality. Finally, an attempt was made to elucidate the content of such obligation by raising questions about its scope and effects.

Keywords: *Conventional Control. Inter-American Protection System. Inter-American Court of Human Rights.*



1. Controle de Convencionalidade

O controle de convencionalidade, comumente, é entendido como a análise da compatibilidade dos atos internos em face de normas internacionais. Tal controle pode ser classificado como: internacional, autêntico ou definitivo, quando atribuído a órgãos internacionais, como os tribunais internacionais de direitos humanos; ou nacional, provisório ou preliminar, quando realizado por tribunais internos (CARVALHO RAMOS, 2014, p. 294).

O controle de convencionalidade teria, assim, como um dos escopos, a compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor. Dessa forma, é comum a tentativa de aproximação do conceito de controle de convencionalidade ao de controle de constitucionalidade. Todavia, apesar das similaridades, não há identidade de tais figuras (cf. MAZZUOLI, 2009, p. 128, HITTERS, 2009).

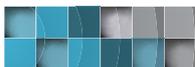
O pressuposto básico para a existência do controle de convencionalidade seria a hierarquia diferenciada dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à legalidade ordinária. Importante lembrar que quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa-fé (PIOVESAN, 2012, p. 29).

O controle de convencionalidade pode ser exercido sobre qualquer regra, seja administrativa, legislativa ou de outro caráter. Destaque-se que os juízes dos tribunais domésticos, por estarem sujeitos ao “império da lei” também estariam submetidos aos tratados internacionais ratificados por seus países, sendo obrigados, portanto, a aplicá-los. Nesta última hipótese, o controle de convencionalidade teria um caráter difuso, já que todo e qualquer magistrado deve cumprir tal tarefa, sem prejuízo de eventual revisão por parte da CIDH. Por via de consequência, não só o poder judiciário deve cumprir com as disposições do direito supranacional, mas também o executivo e o legislativo, em todos os níveis do Estado, independentemente de sua organização administrativa. (HITTERS, 2009, 124).

Essa última noção, de que qualquer autoridade pública tem o dever de realizar o controle de convencionalidade, foi sendo desenvolvida aos poucos pela jurisprudência da CIDH, que deu novos contornos ao instituto, como será visto a seguir.

2. Desenvolvimento do Controle de Convencionalidade na Jurisprudência do Sistema Interamericano

A primeira referência expressa ao controle de convencionalidade apareceu no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*¹, embora antes, no Caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* (CIDH, 2003) e no Caso *Tibi Vs. Ecuador* (CIDH, 2004), o Juiz Sérgio García Ramírez já tivesse realizado uma aproximação conceitual (NASH, 2015, p. 4). No Caso *Tibi* (CIDH, 2004, Voto Concorrente, par. 4º), o Juiz Sergio Garcia tratou do controle de convencionalidade realizado pela própria Corte Interamericana, estabelecendo que a CIDH aspirava não ter que resolver um grande número de litígios similares submetidos previamente à sua jurisdição, já que o país deveria aplicar os critérios decididos pela Corte no âmbito doméstico, evitando-se casos repetitivos (HITTERS, 2009, 114).



No Caso Almonacid, a Corte decidiu que o Judiciário Nacional deveria exercer uma espécie de “Controle de Convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicáveis aos casos concretos e a CADH. Na mesma oportunidade a CIDH assentou que se deve levar em conta não só o tratado, mas também a interpretação que a própria Corte deu a ele, por ser esta a intérprete última da Convenção Americana. No mesmo sentido, no Caso La Cantuta Vs. Perú (CIDH, 2006, pár. 173 e 186), a Corte repete a definição do Caso Almonacid, decidindo que a jurisprudência da inconvecionalidade das leis de anistia, já presente no Caso Barrios Altos Vs. Peru, estaria plenamente incorporada ao ordenamento peruano, de sorte que tal decisão internacional deveria estar refletida em qualquer medida tomada pelos órgãos daquele Estado.

No caso Boyce y otros vs. Barbados (CIDH, 2009), a Corte Interamericana explica concretamente como deve ser implementado o controle de convencionalidade internamente, explicitando que os tribunais nacionais devem não só controlar a constitucionalidade, mas também a convencionalidade de suas decisões. No mesmo sentido, restou assentado no Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México (CIDH, 2010) que os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça têm dever de assim agir *ex officio* no marco de suas competências (NASH, 2015, p. 5)

De acordo com Claudio Nash (2015, p. 6), desde o caso Almonacid, a CIDH vem precisando o conteúdo e alcance do conceito de Controle de Convencionalidade em sua jurisprudência, chegando-se a um conceito complexo que abrange os seguintes elementos ou características: a) consiste em verificar a compatibilidade das normas e outras práticas internas com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a jurisprudência da Corte Interamericana (incluído sua competência consultiva) e os demais tratados interamericanos de que o Estado seja parte; b) é uma obrigação imposta a todas as autoridades públicas no âmbito das suas competências; c) é um controle que deve ser realizado *ex officio* por qualquer autoridade pública; d) a execução pode envolver a remoção de regras contrárias à CADH ou sua interpretação conforme a CADH, dependendo da competência da autoridade pública. À característica descrita no item “c” volta-se a presente análise.

2.1. O Caso Gelman

A partir do caso Gelman (CIDH, 2011), a Corte passou a consignar claramente em suas decisões que o Controle de Convencionalidade é uma função de qualquer autoridade pública e não só do Poder Judiciário.

Os fatos atinentes ao caso ocorreram durante a ditadura civil-militar instalada no Uruguai entre 1973 e 1985, como parte da prática sistemática de detenção arbitrária, tortura, execuções extrajudiciais e desaparecimentos perpetrados pelas forças de segurança e de inteligência da ditadura uruguaia, em colaboração com as autoridades argentinas no âmbito da doutrina de segurança nacional no bojo da "Operação Condor".

“Operação Condor” foi o nome de código dado à aliança entre as forças de segurança e serviços militares e de inteligência das ditaduras do Cone Sul durante os anos setenta, na sua luta e repressão contra as pessoas designadas como "elementos subversivos".



Em tal contexto, a Sra. María Claudia García Iruretagoyena Cassinelli, de nacionalidade Argentina, e seu marido Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, foram presos em 24 de agosto de 1976 em Buenos Aires, Argentina, por militares argentinos e uruguaios. No momento da sua detenção, Maria Claudia estava com 19 anos e gravidez já avançada.

Maria Claudia e seu marido foram levados para o centro de detenção e tortura clandestino conhecido como "Automotive Orletti", em Buenos Aires, onde ficaram juntos por alguns dias e depois foram separados. Em outubro de 1976, Maria Claudia Garcia foi transferida clandestinamente para Montevidéu, no Uruguai, pelas autoridades uruguaias e alojada na sede do Serviço de Informações de Defesa do Uruguai.

Maria Claudia fora transferida para o Hospital Militar, onde deu à luz a uma menina. A recém-nascida foi subtraída e entregue ilegalmente a um policial uruguaio e sua esposa, que a registrou como sua própria filha, dando-lhe o nome de Maria Macarena Taurino Vivian. Desde então, Maria Claudia se encontra desaparecida.

O Sr. Juan Gelman, pai de Marcelo e sogro de Maria Cláudia, passou a buscar informações sobre o paradeiro do filho e nora. Em 1999, conseguiu localizar sua neta, Maria Macarena, e, em 2000, se conheceram pessoalmente. A neta do Sr. Gelman submeteu-se a um exame de DNA, o qual restou positivo, ajuizando uma ação para restabelecer sua verdadeira identidade, passando, em 2005, a utilizar o nome Maria Macarena Gelman García Iruretagoyena.

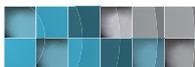
Os fatos descritos nunca puderam ser investigados ou sancionados pelo Uruguai, uma vez que em dezembro de 1986, o Parlamento Uruguaio editou uma lei de anistia (Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado), com efeitos a partir de 1º de março de 1985. Esta lei foi declarada constitucional pela Suprema Corte de Justiça do Uruguai, além de ter sido ratificada pela população em duas oportunidades, por meio de um referendo realizado em 1989, e por uma proposta de anulação da lei com base em um plebiscito levado a efeito no ano de 2009, embora entre os anos de 2009 e 2010, a Corte Suprema uruguaia tenha declarado a inconstitucionalidade de três dispositivos da lei de anistia.

Em junho de 2002, Juan Gelman apresentou uma denúncia em relação aos fatos que envolveram seu filho e nora. Desde 2003, o procedimento fora suspenso e retomado diversas vezes, principalmente em razão da lei de anistia. Em junho de 2005, as investigações prosseguiram seu curso normal por determinação do juiz de Montevidéu, depois que o Poder Executivo afirmou que o caso não estava abrangido pela lei de anistia.

Porém, as investigações, embora em andamento, não trouxeram qualquer resultado eficaz, uma vez que não foram identificados os autores do delito e tampouco foram obtidas informações sobre o paradeiro de Maria Claudia.

Assim, para decidir o caso, a CIDH consignou primeiramente que o simples fato de um país viver numa democracia não garante que haja o permanente respeito aos Direitos Humanos, de modo que tal dever de respeito é um limite a regras impostas pelas maiorias, ou seja, do que pode ser decidido pela maioria em instâncias democráticas, as quais também devem primar pelo controle de convencionalidade.

Em outras palavras, neste caso a Corte destacou não só as autoridades obrigadas a exercer o controle de convencionalidade, mas também o contexto em que ele não pode deixar de



ser aplicado. Em consequência, a Corte não só estabeleceu que deve prevalecer o controle de convencionalidade em relação à decisão da própria maioria em contextos democráticos, enfatizando a ideia segunda a qual tal controle supera a atuação do Poder Judiciário, comprometendo de maneira expressa e categórica qualquer autoridade pública, mesmo que esteja em jogo processos de referendo e plebiscitos, deixando claro que tal obrigação compromete diferentes poderes do Estado. (IBÁÑEZ RIVAS, 2012, pp. 110-111)

Destarte, consignou expressamente que é função e tarefa de toda e qualquer autoridade pública, e não só do Poder Judiciário, o controle de Convencionalidade. Desse modo, teria ocorrido violação aos artigos 17 (proteção à família), 20.3 (proibição de privação da nacionalidade), 7.1 (direito à liberdade), 4.1 (direito à vida) e 3 (direito à personalidade) da CADH, asseverando que o fato de a lei de anistia ter sido aprovada em uma democracia e ainda ratificada ou apoiada pelo público em duas ocasiões não implica, de forma automática ou por si só, a legitimidade da lei perante o Direito Internacional.

Desse modo, dada a sua clara incompatibilidade com a Convenção Americana, restou decidido que as disposições da Lei de Anistia que impeçam a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos não produzem efeitos e, portanto, não poderiam continuar a obstruir a investigação dos fatos, a identificação e a punição dos responsáveis.

Tal precedente abriu margem, por exemplo, para que no Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. (CIDH, 2014), fosse reiterado que o controle de convencionalidade é obrigação que vincula a todos os poderes e órgãos estatais em seu conjunto, de modo que entre as condenações restou consignado que o Estado deveria implementar programas permanentes de direitos humanos dirigidos a policiais, fiscais, juízes e militares, assim como a funcionários encarregados de dar atenção a familiares e vítimas de desaparecimento forçado, devendo-se incluir o tema do controle de convencionalidade em tal programa.

Nesse mesmo sentido, no Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile (CIDH, 2012) a Corte estabelece, com base no controle de convencionalidade, que é necessário que as interpretações judiciais e administrativas e as garantias judiciais se apliquem adequando-se aos princípios estabelecidos pela jurisprudência da CIDH, algo já afirmado no caso Gelman, no qual a CIDH ainda ressaltou ser intérprete última da CADH.

No procedimento de supervisão do cumprimento da decisão do Caso Gelman, a CIDH entendeu que o controle de convencionalidade é uma instituição que serve como instrumento para aplicar o Direito Internacional. A CIDH deixa claro que o controle de convencionalidade deve ser dar tanto na emissão e aplicação das normas, quanto em relação à sua validade e compatibilidade com a Convenção, e, não menos importante, na determinação, julgamento e resolução de situações particulares e casos concretos (CIDH, 2013).

3. O Controle de Convencionalidade como Obrigação de toda Autoridade Pública

A aparente novidade em se pensar que toda autoridade pública, e não só o magistrado, tem o dever de pautar sua atuação à luz do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos



Humanos, decorre, em grande parte da construção da CIDH como uma “terceira” ou “quarta” instância, por assim dizer, a exemplo do que é considerado, para alguns, a Corte Europeia de Direitos Humanos. Ainda que pelo corolário da subsidiariedade do sistema internacional de proteção, não haja uma Corte de sobreposição propriamente dita, é inegável que a CIDH possa revisar decisões de tribunais nacionais (Cf. CANÇADO TRINDADE, 1998, p. 584).

De todo modo, os princípios de subsidiariedade e complementariedade acabaram por indicar um aumento do papel de cortes nacionais na implementação e *enforcement* de padrões internacionais (CRAWFORD, James; OLLESON; Simon, 2010, p. 447-448).

Tal entendimento já foi expressado pela Corte no caso Gelman (CIDH, 2013). O controle de convencionalidade teria íntima relação com o princípio da complementariedade/subsidiariedade, só sendo possível acionar o sistema interamericano quando o Estado já tenha tido a oportunidade de reparar os danos por seus próprios meios. O princípio estaria disposto no Preâmbulo da CADH, o qual preconiza que o sistema interamericano é coadjuvante e complementar da proteção que oferece o direito interno. A esse respeito, o seguinte trecho é didático:

Isto significa que, como consequência da eficácia jurídica da Convenção Americana em todos o Estados partes dela, foi gerado um controle dinâmico e complementar das obrigações convencionais dos Estados de respeitar e garantir os direitos humanos, conjuntamente entre as autoridades internas e as instâncias internacionais (de maneira complementar), de modo que os critérios de decisão possam ser conformados e adequados entre si. Assim, a jurisprudência da Corte mostra casos em que se retomam decisões de tribunais internos para fundamentar e conceituar a violação da Convenção em um caso específico. Em outros casos se reconheceu que, em forma concordante com as obrigações internacionais, os órgãos, instâncias ou tribunais internos adotaram medidas adequadas para remediar a situação que deu origem ao caso; já resultaram na alegação alegada; já dispuseram de reparações razoáveis ou exerceram um adequado controle de convencionalidade. Segundo foi assinalado (...) precisamente no presente caso Gelman vs. Uruguay, a Corte considerou que, antes de tomar a referida decisão de 22 de fevereiro de 2013, a Suprema Corte de Justiça uruguaia já teria exercido um adequado controle de convencionalidade em relação à Lei de Caducidade, ao declara-la inconstitucional em outubro de 2009 no caso Sabalsagaray. (...) Assim, adquire sentido o mecanismo convencional, o qual obriga a todos os juízes e órgãos judiciais a prevenir potenciais violações a direitos humanos, as quais devem ser solucionadas no nível interno tendo em conta as interpretações da Corte Interamericana e, somente em caso contrário, podem ser considerados por esta, a qual exercerá um controle complementar de convencionalidade. (...) Em razão de estar presente coisa julgada internacional e precisamente porque o controle de convencionalidade é uma instituição que serve como instrumento para aplicar o Direito Internacional, seria contraditório utilizar essa ferramenta como justificação para deixar de cumprir a Sentença em sua integridade. (CIDH, 2013, §§ 72,73 e 102, pp. 21/22). Tradução livre.

Na realidade, a CIDH tem a obrigação de, em determinado caso concreto, determinar a compatibilidade ou não com a Convenção Americana de qualquer ato ou omissão por parte de qualquer poder ou órgão ou agente do Estado, inclusive leis nacionais ou sentenças de tribunais. Trata-se de um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado aplicado à doutrina da proteção dos Direitos Humanos (CANÇADO TRINDADE, 1998, p. 584).



Em tal sentido, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados dispõe, no artigo 27º, que um Estado não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um tratado. Ou seja, se o que ensejou a violação do tratado foi uma sentença, lei ou outro ato estatal interno, para o Direito Internacional é indiferente, já que o conteúdo do direito interno é uma questão de fato para o Direito Internacional, sendo que, na teoria, os dois sistemas se comunicam por meio das regras sobre provas e evidências (CRAWFORD, 2002, p. 89).

James Crawford (2002, p. 89) exemplifica que especialmente nos campos da lesão de estrangeiros e seus bens e no âmbito dos direitos humanos, o conteúdo e a aplicação da legislação interna, muitas vezes, se mostra relevante para a questão da responsabilidade internacional. Em cada caso, será analisado se as disposições de direito interno são fatos relevantes na aplicação da norma internacional cabível, ou então se elas são realmente incorporadas de alguma forma, condicional ou incondicionalmente, neste *standard*. Além disso, há muitos casos nos quais as questões de direito interno são relevantes para a existência ou não de responsabilidade. Todavia, em qualquer caso, é o Direito Internacional que determina o alcance e os limites de qualquer referência ao direito interno.

Em suma, não há qualquer interferência indevida ou grande inovação em se entender que qualquer agente público tem tal obrigação de velar pela aplicação da CADH, até porque em assim agindo, não haverá violação, não ensejando o acionamento dos recursos internos e seu esgotamento, para aí então o caso passar pela Comissão Interamericana de Direitos humanos e finalmente chegar à CIDH. Talvez o grande número de casos no qual se constata má aplicação dos direitos humanos, por parte dos tribunais nacionais, até pelo requisito do esgotamento dos recursos internos, ocasione um possível “estranhamento” ao se entender que qualquer agente estatal deva realizar controle de convencionalidade, não restando tal obrigação restrita apenas ao juiz nacional.

Por outro lado, pese o fato de o Controle de Convencionalidade ser uma obrigação *ex officio* de toda a autoridade pública, a CIDH já assentou que tal dever deve ser cumprido no âmbito das competências e regulamentos processuais correspondentes. Ainda que essa obrigação não deva ser limitada exclusivamente pelas manifestações ou ações dos demandantes em cada caso específico, isso não implica que esse controle deva sempre ser exercido sem considerar outros pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência desse tipo de ação (Nash, 2015, p. 6). É exatamente esse o entendimento assentado no Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Peru² (CIDH, 2006, par. 128).

Contudo, tal entendimento causa um efeito inovador. O juiz Eduardo Ferrer MacGregor Poisot ao votar a supervisão do cumprimento de sentença do caso Gelman (CIDH, 2103, §§42 e 43) explicita que a sentença da CIDH tem eficácia objetiva por ser uma norma convencional interpretada com uma vinculação indireta *erga omnes*, como *standard* interpretativo mínimo da efetividade da norma convencional. Assim, haveria efeitos para Estados que não fizeram parte do caso, havendo uma eficácia hermenêutica *erga omnes* em relação a todos os países do sistema interamericano. Isso significa que todas as autoridades domésticas, de todos os países integrantes do sistema interamericano, devem aplicar a norma convencional interpretada (RITTERS, 2013, p. 708)



A mensagem para os juízes nacionais é ainda mais clara, elevando-os à categoria de juízes convencionais de Direito Comunitário, impondo que estejam atentos à evolução jurisprudencial (LARRIEUX, Jorge, 2013, pp. 598-599). Isso implica dizer que os juízes domésticos devem internalizar em sua atividade jurisdicional que também são juízes interamericanos no plano nacional, magistrados descentralizados do sistema interamericano na proteção dos *standards* de cumprimento e garantia dos direitos humanos no âmbito interno, devendo não aplicar as normas de direito interno contraditórias ou que confrontem a CADH, utilizando, para tanto, os princípios da progressividade e *favor persona*. (NOGUEIRA ALCALÁ, 2012, p. 1170-1171).

Considerações Finais

O controle de convencionalidade, na maneira que foi construída pela jurisprudência da Corte Interamericana, passou a ser entendido como verdadeiro controle prévio ou preventivo de violações a Direitos Humanos. A partir da ideia de que há vinculação de toda e qualquer autoridade à lei, sendo os Direitos Humanos dispostos em tratados vinculantes aos Estados Partes, a CIDH reforça o caráter preventivo ao impor tal obrigação a toda e qualquer autoridade pública no âmbito de suas competências, seja em momentos de crises ou em contextos democráticos.

O significado de controle de convencionalidade fica desvinculada da noção clássica de revisão de atos pelo judiciário, levando-se em conta um parâmetro determinado, nos moldes do controle de constitucionalidade. O termo “controle” passa a significar autolimitação, direção, algo também realizado *a priori*, evitando-se os efeitos nocivos de decisões equivocadas porventura tomadas por qualquer autoridade pública. Nesse sentido, a partir do caso Caso Gelman, principalmente pela leitura da resolução do cumprimento da sentença, restou assentado o caráter complementar da Corte Interamericana, até porque o próprio sistema de proteção aos direitos humanos deve funcionar pela lógica da subsidiariedade, voltando-se a prevenir a ocorrência de lesão a partir do entendimento de que a proteção dos Direitos Humanos é um dever imposto a toda e qualquer autoridade.

Referências

CANÇADO TRINDADE, Antonio. Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos. In Albar, Germán. *El Futuro del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*. Costa Rica: Cox Editores. 1998.

CARVALHO RAMOS, André. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. São Paulo: Saraiva. 4ª ed. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.



CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr.173.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr.1732.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C. n° 101. Voto Concurrente Razonado del Juez Garcia Ramirez.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Resumen Oficial Emitido por la Corte Interamericana de la Sentencia de 14 de Octubre de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas), pgnas. 1 y 2.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C. n° 114. Voto Concurrente Razonado del Juez Garcia Ramirez.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006.

CRAWFORD, James. *The International Law Commission's articles on State responsibility: introduction, text and commentaries.* Cambridge: Cambridge, 2002.

CRAWFORD, James; OLLESON; Simon. *The Nature and Forms of International Responsibility.* In EVANS, Malcom D. *International Law.* 3ª ed. Oxford: Oxford. 2010.



HITTERS, Juan Carlos. *Control de Constitucionalidad y Controle de Convencionalidad. Comparación* (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Estudios Constitucionales. Vol. 7. N. 2. Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de Chile. p. 109-128. 2009.

HITTERS, Juan Carlos. Estudios Constitucionales. “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto ‘erga omnes’ de las sentencias de la Corte Interamericana)”. Año 11, N° 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. 2013, pp. 695 – 710.

IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, [S.l.], n. 8, p. pág. 103 - 113, jul. 2012.

LARRIEUX, Jorge. Caso Gelman vs. Uruguay. Justicia Transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad. Aproximación conceptual a la justicia transicional Autor. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Ano XIX. Bogotá, 2013. 99 589-606.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa. Brasília* a. 46 n. 181 jan./mar. 2009.

NASH, CLAUDIO. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS; MINISTÉRIO DE RELACIONES EXTERIORES DE DINAMARCA. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7*. 2015 Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>. Acesso em 10/08/2015.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los Desafios del Control de Convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para las Jurisdicciones Nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, ano XLV, n. 135, setembro-dezembro de 2012. pp. 1167-1220. novembro de 2007. Serie C. n. 169.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva. 5ª Ed. 2012.

¹ Caso no qual Luis Alfredo Almonacid Arellano, professor do ensino básico e militante do partido comunista, foi morto no Regime militar de Salvador Allende em 1973. Com a lei de Anistia (Decreto lei nº 2.191) não houve investigação ou punição pela morte de Almonacid, dando origem à reclamação perante o sistema interamericano.

² Caso referente ao auto-golpe de Estado em 1992. Pelo Decreto-Lei n.º 25640, de 21 de julho de 1992, foi criada Comissão Administradora do Patrimônio do Congresso da República em 6 de novembro de 1992, sendo que com base na avaliação de tal comissão foram demitidos 1110 funcionários e empregados do Congresso, incluindo 257 vítimas. Essas pessoas tinham uma série de recursos administrativos sem resultados, passando por uma série de violações ao devido processo legal.



A Interpretação Convencional do Duplo Grau de Jurisdição

The Conventional Interpretation of the Double Degree of Jurisdiction

Bruno V. Stoppa Carvalho

Defensor Público do Estado de São Paulo

bvcarvalho@defensoria.sp.def.br

Resumo

É controvertida a natureza do duplo grau de jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro: garantia individual ou princípio constitucional. A depender da natureza jurídica que se reconheça seria possível mitigar o direito do acusado de recorrer de uma inédita decisão condenatória. Ocorre que o artigo 5º, parágrafos segundo e terceiro da Constituição Federal incorporam dispositivos convencionais que ampliam a discussão e modificam a forma de interpretar o duplo grau de jurisdição. Trata-se, em verdade, do direito do acusado recorrer de uma condenação de maneira ampla e efetiva. A partir de caso paradigmático julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, analisar-se-á o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Duplo Grau de Jurisdição – Corte Interamericana de Direitos Humanos – *Mohamed Vs. Argentina* – Teoria do Duplo Controle

Abstract

It is controversial the nature of the double degree of jurisdiction in the Brazilian legal system: individual guarantee or constitutional principle. Depending on the legal nature that is recognized, it would be possible to mitigate the right of the accused to appeal an unprecedented conviction. The article 5th, second and third paragraphs of the Federal Constitution incorporates conventional mechanisms that broaden the discussion and modify the way of interpreting the double degree of jurisdiction. It is, in fact, the right of the accused to appeal widely and effectively. From a paradigmatic case judged by the Inter-American Court of Human Rights, the article will analyze the Brazilian legal system.

Keywords: *Double Degree of Jurisdiction – Inter-American Court of Human Rights – Mohamed Vs. Argentina - Dual control constitutional-conventional*



I. Introdução

A Constituição Federal de 1988 rompe com longo período de ditadura e surge como promessa de um Estado preocupado com a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), com a erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais (artigo 3º, inciso III), a fim de construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I).

Para tanto, prescreve logo no Título II os direitos e garantias fundamentais, constitucionalizando direitos civis, políticos e sociais.

Em tempos em que até o manejo do *Habeas Corpus* havia sido suspenso por Ato Institucional e que prisões e torturas se tornaram a regra na conduta de agentes públicos, parece fundamental que o marco político da redemocratização estivesse substancialmente preocupado com a garantia dos direitos mínimos dos acusados. Assim, o artigo 5º traz diversos dispositivos a assegurar mínimas garantias processuais, tais como:

Inciso LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

Inciso LV – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”;

No entanto, não há qualquer dispositivo expresso na Constituição Federal sobre o duplo grau de jurisdição. É certo que o Código de Processo Penal, legislação infraconstitucional, permite o manejo do recurso de apelação das sentenças condenatórias. No entanto, a dúvida versava sobre a possibilidade de haver restrições ao manejo do recurso em face da decisão condenatória.

Com efeito, embora não prevista expressamente no texto Constitucional, vislumbra-se o duplo grau de jurisdição como decorrência do devido processo legal e da previsão de Tribunais (Art. 92 e seguintes da Constituição Federal).

No entanto, a discussão se colocava em torno da natureza jurídica do duplo grau de jurisdição nos termos postos pela Constituição Federal. Para alguns se trata de garantia constitucional implícita, enquanto outros a consideravam apenas um princípio constitucional e, portanto, restringível em determinadas situações.

Assim, seria *constitucional* uma hipótese em que não se admitisse o recurso do acusado em face de decisão condenatória. Por exemplo, àqueles que a própria Constituição Federal reservou foro por prerrogativa de função no órgão máximo do Poder Judiciário, não haveria qualquer prejuízo na impossibilidade do manejo de recurso da decisão condenatória.

Ocorre que não basta haver a compatibilidade de determinada prática com a Constituição Federal, se não se vislumbrar seu amparo convencional. É a adoção da Teoria do Duplo Controle, pela qual os tratados internacionais de direitos humanos assumem fundamental importância na concretização de direitos básicos.

Com efeito, o modelo de Estado-Nacional forjado no século XVIII demonstrou sua insuficiência na proteção do indivíduo em especial com o cenário de guerras e regimes



totalitários da primeira metade do século XX. A criação de mecanismos supra estatais de proteção dos direitos humanos mostra-se como uma alternativa às rígidas concepções de soberania.

Paulatinamente emergem o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos e os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, cada qual preocupado em dar vazão às peculiaridades locais.

Nesse contexto, esse artigo procurará compreender o significado do duplo grau de jurisdição na atualidade, considerando em especial o entendimento sufragado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Mohamed Vs. Argentina*.

II. Caso Mohamed Vs. Argentina

Em 23 de novembro de 2012 a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou a Argentina por violar o artigo 8, item 2, “h” da Convenção Americana de Direitos Humanos, consistente no direito de recorrer de decisão penal condenatória, em prejuízo de Oscar Alberto Mohamed.

Na década de 1990 o Sr. Mohamed era motorista de ônibus em Buenos Aires quando se envolveu em um acidente de trânsito, que vitimou a Adelina Vidoni de Urli. Em primeira instância Mohamed foi absolvido. Interposto recurso pelo órgão acusador e pelo querelante, em 1995 a *Sala Primera de La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional* reformou a decisão absolutória e condenou Mohamed a três anos de prisão em forma condicional e a oito anos de suspensão do direito de dirigir.

Em face da inédita condenação Mohamed dispunha apenas de Recurso Extraordinário Federal, o qual não autorizava a reavaliação fática do caso. Em outras palavras o acusado não dispunha de recurso ordinário para reverter a condenação.

O recurso interposto por Mohamed não foi conhecido, justamente porque a defesa teria alegado questões de fato, prova e direito comum. Na sequência Mohamed valeu-se do recurso *de queja* perante a Corte Suprema de Justiça da Nação para tentar submeter seu caso a novo julgamento, mas tal recurso também não foi admitido. Como última tentativa de esgotar as vias nacionais, a defesa de Mohamed tentou ajuizar ação *revocatória*, a qual também foi denegada em 19 de outubro de 1995.

Como conseqüência da suspensão do direito de conduzir por oito anos, o Sr. Mohamed foi despedido de seu emprego de motorista de ônibus.

Esgotados os recursos internos, a petição inicial foi apresentada em 18 de março 1996 na Comissão Interamericana. O caso foi apresentado pela Comissão Interamericana em 13 de abril 2011¹ à Corte Interamericana alegando violação do direito do acusado a um recurso amplo contra a decisão condenatória, do princípio da legalidade e anterioridade penal², proibição de mais de um julgamento contra uma pessoa e violação do dever do Estado adotar mecanismos de direito interno que conformem os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Corte entendeu que a reforma de decisão de primeira instância não configurava duplo julgamento, já que não se estava diante de uma sentença *firme* (artigo 8.4 da Convenção



Americana de Direitos Humanos). Também não vislumbrou violação imediata do princípio da legalidade e anterioridade penal, na medida em que deixou de avaliar a questão com profundidade, pois caberia ao órgão interno, em recurso amplo, avaliar tais questões.

Assim, o ponto central do julgamento caracteriza-se pelo entendimento firmado pela Corte no sentido de que o Estado da Argentina violou do artigo 8, item 2, h, conquanto inexistia recurso à decisão do Tribunal que condenou o Sr. Mohamed.

Por tal razão, determinou reparações materiais e morais pelos prejuízos suportados pelo Sr. Mohamed, bem como que o Estado da Argentina adotasse medidas para garantir o direito de recorrer da condenação emitida pela *Sala Primeira de La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional*, bem como que os efeitos de tal condenação ficassem suspensos enquanto fosse proferida outra decisão.

Importa ressaltar que a Corte não determinou, neste caso, que o Estado Argentino adotasse medidas legislativas para adequar o ordenamento jurídico interno à Convenção.

II. I Hierarquia dos Tratados e Teoria do Duplo Controle

Tradicionalmente o intérprete não está acostumado com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos³. Antes de uma análise da *ratio decidendi* e dos efeitos que o caso *Mohamed Vs. Argentina* possa caracterizar em face do ordenamento brasileiro torna-se imprescindível tecer breves comentários sobre como o sistema legal estatal dialoga com os dispositivos internacionais.

A hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos causou intenso debate doutrinário, dando azo a cinco posicionamentos. Doutrinadores mais tradicionais entendiam que os tratados sobre direitos humanos possuíam hierarquia equivalente à Lei Federal, posto que o artigo 102, inciso III, alínea “b” da Constituição Federal confere ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar recurso extraordinário decorrente de decisão que tenha julgado tratado inconstitucional. Ademais, argumentavam até o ano de 2004, quando da Emenda Constitucional nº 45, que para haver hierarquia constitucional, o procedimento de incorporação de tratados ao direito interno deveria ser compatível com o previsto no artigo 60, parágrafo segundo da Constituição Federal, isto é, o das emendas constitucionais, e não meramente a simples ratificação pelo Congresso Nacional, mediante a edição de um decreto legislativo.

No outro oposto havia aqueles que sustentavam a hierarquia supraconstitucional das normas de Direitos Humanos, pois exprimiam uma ética universal e superior ao Estado-Nacional.

A terceira posição sustenta que os tratados sobre direitos humanos possuem hierarquia de norma constitucional formal. Com efeito, o artigo 5º, parágrafo segundo da Constituição Federal já trazia a importância dos direitos assegurados para além do texto Constitucional, razão pela qual PIOVESAN já defendia a hierarquia de norma constitucional dos Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Quarta interpretação sustentava a natureza materialmente constitucional dos Tratados de Direitos Humanos. WEIS defendia que, a despeito do procedimento de modificação da



Constituição exigisse os rigores do artigo 60, parágrafo segundo da Constituição Federal, as normas internacionais referentes a Direitos Humanos eram materialmente constitucionais.

Ocorre que com a Emenda Constitucional nº 45/04 e o advento do parágrafo terceiro da Constituição Federal⁴ confirma-se a tese do bloco de constitucionalidade. No entanto, o Supremo Tribunal Federal⁵ firmou a quinta interpretação, que parece pacificar o entendimento pela supralegalidade e infraconstitucionalidade dos Tratados de Direitos Humanos não aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Ocorre que tais considerações são importantes para a análise hierárquica do Tratado no âmbito do direito interno, isto é, pelos órgãos nacionais em face das normas locais. No entanto, a par da análise da constitucionalidade, todas as normas e atos do Estado devem ser submetidos sob o crivo do juízo de convencionalidade.

Duas são as espécies de controle de convencionalidade. O controle de matriz nacional é realizado internamente, de maneira preliminar e provisória, sem prejuízo do controle de convencionalidade *stricto sensu*, realizado por órgão internacional. É, por exemplo, o que se tem na análise da Lei de Anistia, pela ADPF nº 153 e pelo julgamento do caso *Gomes Lund Vs. Brasil*⁶.

Em síntese, CARVALHO RAMOS aponta a existência de dois controles de direito internacional de direitos humanos, quais sejam, o controle de constitucionalidade realizado no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal e o controle de Convencionalidade. Segundo a teoria do duplo controle, a suposta violação de direitos humanos passa por dois tipos de controle.

Acerca do tema, interessante apontar o Caso “A Última Tentação de Cristo”⁷, a qual inclusive ocasionou a mudança da Constituição do Chile, em decorrência do controle de convencionalidade exercido.

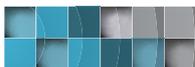
Em síntese, hodiernamente pode-se dizer que são duas ordens jurídicas que convivem simultaneamente, a fim de resguardar proteção mais efetiva e adequada ao indivíduo.

II. II Internalização dos Tratados de Direitos Humanos

Não há dúvida diante do atual panorama que a aplicação do Direito no ordenamento jurídico brasileiro envolve inexoravelmente a análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com efeito, a interpretação das normas convencionais pelos Tribunais Internacionais caminha em conjunto com a atividade jurisdicional doméstica, materializando a Teoria do Duplo Controle.

Desde o dia 6 de novembro de 1992, por meio do Decreto nº 678, foi promulgada no âmbito interno a Convenção Americana de Direitos Humanos, de modo que a partir de então a República Federativa do Brasil deve zelar, inclusive por força do artigo 4º da Constituição Federal, pela rigorosa observância do Pacto de San Jose da Costa Rica. Sem prejuízo, o reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana se deu em 3 de dezembro



de 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 1998, editado pelo Congresso Nacional, a partir de quando então o Estado brasileiro pode ser demandado no âmbito da Corte Interamericana.

No entanto, o comprometimento do Estado com o cenário internacional é fundamental para garantir efetividade às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. STEINER esclarece que a interpenetração dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no âmbito doméstico pode ocorrer pelo reconhecimento constitucional das normas convencionais, reformas legislativas, decisões judiciais, ou ainda pela ação política e publicações acadêmicas.

O autor aponta como fatores limitantes dos Tratados no cenário interno o apego à soberania, a resistência à supervisão internacional e à implementação de recomendações, o desconhecimento do sistema internacional, a ausência de cultura de respeito aos direitos humanos, os fatores socioeconômicos locais e a dificuldade de reportar aos órgãos internacionais situações que violam os direitos humanos. Ademais, a própria impopularidade de determinadas temáticas, a exemplo da abolição da pena de morte, muitas vezes configura uma limitação à internalização dos direitos humanos no plano doméstico.

Especificamente no caso brasileiro parece que as limitações apontadas se aplicam quase que na integralidade. Os problemas enfrentados no caso *Mohamed Vs. Argentina* são notoriamente identificados no ordenamento jurídico pátrio.

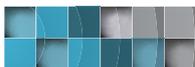
Em verdade, parece não haver dúvida que o Brasil também viola sistematicamente a Convenção Americana de Direitos Humanos, ao não dispor de nenhum recurso ordinário, amplo e efetivo para atacar decisões condenatórias geradas em segunda instância, após a reforma da absolvição do juízo singular.

Conforme ensina AURY LOPES JR., o duplo grau de jurisdição assegura o direito do acusado prejudicado por decisão desfavorável a submeter sua análise a órgão hierarquicamente superior, o qual poderá confirmar ou reformá-la. Trata-se de um imperativo para legitimar a decisão condenatória, na medida em que se funda no inconformismo do prejudicado, bem como na possibilidade de erro judiciário.

A jurisprudência da Corte Interamericana é tranqüila em sinalizar que o direito de recorrer da decisão ou o duplo grau de jurisdição devem ser garantidos a todos os indivíduos condenados, para que então a decisão desfavorável possa ser revista, inclusive impugnando-se especificamente os pontos que geraram no julgador o juízo da culpa. Em verdade, para a Corte a garantia de um recurso efetivo constitui um dos pilares básicos do Estado Democrático de Direito⁸.

O artigo 8.2 reflete em termos gerais às garantias mínimas de uma pessoa submetida a uma investigação e a um processo penal, a fim de que não se configure um ato de arbítrio.

Vale dizer que o direito de recorrer de uma decisão condenatória consta inclusive do artigo 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de maneira clara: “5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.”



Nessa medida, em caso de acórdão condenatório reformando decisão absolutória de primeira instância, a existência apenas de recurso especial e extraordinário, previstos nos artigos 102, inciso III e 105, inciso III da Constituição Federal, configuram manifesta violação do artigo 8.2, h da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Outrossim, quando levado o tema ao Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 79.785-7 entendeu-se que o direito ao duplo grau de jurisdição só existe nos limites do texto constitucional, independentemente de previsões dos Tratados.

EMENTA: "I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior". 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. 1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional. 2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. 4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força abrogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu



sistema, o que não é de admitir. III. Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição. 1. Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu. 2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho - que não estão em causa - e da Justiça Militar - na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais -, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores - o STJ e o TSE - estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar. 3. À falta de órgãos jurisdicionais ad qua, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada. (RHC 79785, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2000, DJ 22-11-2002 PP-00057 EMENT VOL-02092-02 PP-00280 RTJ VOL-00183-03 PP-01010)

É notória a contrariedade de tal interpretação frente ao sistema interamericano, em evidente prejuízo ao indivíduo criminalmente processado. A dificuldade de penetração das normas convencionais no direito interno evidencia a ausência de compromisso do Estado brasileiro com o sistema regional de proteção dos direitos humanos. Nessa medida, a teoria do Duplo Controle parece oferecer ferramenta teórica para assegurar as garantias mínimas individuais.

III. Considerações Finais

O tradicionalismo na cultura jurídica brasileira produz resistência à modificação de paradigmas na aplicação do Direito. Essa dificuldade mostra-se clarividente no tocante à aplicação das normas internacionais de proteção de direitos humanos, ainda quando interpretadas de maneira inequívoca pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos.

É o que ocorre com a garantia do duplo grau de jurisdição. O debate doutrinário interno já restara ultrapassado desde 1992 com a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao prever o direito de recorrer da sentença penal. Como se não bastasse, a despeito do entendimento firmado no Caso *Mohamed Vs. Argentina*, poucas foram as alterações dos órgãos internos para conformar a interpretação dada pelo Tribunal convencional.

Àqueles condenados em segunda instância, após o reconhecimento da absolvição no juízo de piso não dispõem de recurso efetivo e amplo a garantir a revisão da condenação. Ainda que o acórdão condenatório inove na interpretação dos fatos não há possibilidade de revisá-la nos limites de conhecimento do Recurso Especial e Extraordinário.

A releitura do ordenamento jurídico brasileiro é urgente, a fim de compreender o duplo grau de jurisdição como garantia mínima de qualquer acusado, dando concretude às normas internacionais de proteção de direitos humanos. Em verdade, duplo grau de jurisdição deve ser entendido como a possibilidade de revolver o juízo da culpa, a fim de mitigar as condenações arbitrárias e garantir o devido processo legal em sua essência.



IV. Referências Bibliográficas

ARENDDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo – Anti-semitismo, Imperialismo, Totalitarismo*. Tradutor Roberto Raposo, 2ª Edição, Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 1989.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 10ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Terceiro Ausente – Ensaios e Discursos sobre a Paz e a Guerra*. Ed. Manole, Tradução Daniela Versiani, São Paulo, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. VII Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2010.

_____. *Ética – Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. Cia. Das Letras, São Paulo, 2006.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª Edição revista, atualizada e ampliada, 2ª Tiragem, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 13ª Edição, São Paulo, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. V. II, 3ª edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2012.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 11ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15ª Edição. Ed. Saraiva. 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 5ª Edição, Ed. Saraiva, 2015.

_____. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 4ª Edição, Ed. Saraiva, 2015.

STEINER, Henry J., ALSTON, Philip e GOODMAN, Ryan. *International Human Rights in Context – Law, Politics, Morals*. 3rd Edition, Oxford, 2007.

WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. 2ª Edição, Malheiros, 2010, São Paulo.

http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/19667/19667_4.PDF, consultado em 29.10.2015

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf, consultado em 29.10.2015

http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_276.pdf, consultado em 29.10.2015.



¹ Oficiaram como Defensores Públicos Interamericanos os Srs. Gustavo Vitale e Marcelo Torres Bóveda, Defensores Públicos da Argentina e Paraguai, respectivamente.

² Segundo apontado pela Comissão a condenação fundamentou em norma de trânsito posterior ao fato, referente ao dever de cuidado.

³ Não há exemplo mais ilustrativo do que as recentes audiências de custódia, instaladas por meio do Provimento Conjunto nº 03/15, a despeito do disposto no artigo 7º, item 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em vigor há mais de duas décadas. Tal situação demonstra como um provimento interno de um Tribunal pode ser mais persuasivo do que a previsão convencional.

⁴ Exemplo de Tratado Internacional aprovado nos termos do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal é a Convenção Internacional sobre as Pessoas Portadores de Deficiência.

⁵ *Habeas Corpus* nº 95.967-MS. EMENTA: “DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. 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 Pacto Internacional dos Direitos Cívicos Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San 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 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 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 95967, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008, DJE-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-02 PP-00407 RTJ VOL-00208-03 PP-01202)

⁶ Desta feita, a lei de anistia passou incólume pelo controle de constitucionalidade, mas não frente ao controle de convencionalidade, em especial no tocante à Guerrilha do Araguaia.

⁷ Esse caso tem origem em uma censura judicial do filme "A Última Tentação de Cristo" confirmada pela Suprema Corte Chilena. O Presidente da República desse país apresentou um projeto de reforma constitucional, substituindo o sistema de censura existente por um sistema de qualificação por idade. O projeto foi aprovado pela Câmara, mas até o julgamento da Corte, ainda não havia completado os trâmites para entrar em vigor. No procedimento perante a Corte, o Governo Chileno, responsável pela representação do Estado no exterior, justificou o ato, afirmando que a Corte Suprema do Chile havia dado primazia ao direito da honra sobre o direito de liberdade de expressão, mas ressaltou explicitamente que discordava dessa jurisprudência. A Corte Interamericana decidiu que, apesar da existência do projeto de reforma da Constituição Chilena, o Estado tinha deixado de adotar as medidas necessárias para eliminar a censura e permitir a exibição do filme. O Estado teria então descumprido os deveres gerais de adequar o ordenamento jurídico interno às disposições da Convenção Americana, violando assim os direitos dos cidadãos que haviam interposto a demanda contra o Chile. Para estudo mais aprofundado, indicamos http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/19667/19667_4.PDF

⁸ Caso Castillo Páez Vs. Peru, acessível http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf.



O reconhecimento da presunção de inocência como regra de tratamento à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

The recognition of the presumption of innocence as a rule of treatment in the light of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

Wlamyr Gusmão Junior

Defensor Público do Estado de São Paulo
Pós-Graduando em Direitos Humanos e Acesso à Justiça
wgusmaojr@hotmail.com

Resumo

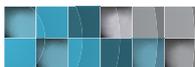
O presente artigo tem como tema central o princípio da presunção de inocência e o seu reconhecimento como regra ou dever de tratamento. A par disso, buscou-se analisar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da qual se elegeu dois casos paradigmáticos para exposição do objeto de estudo: o *Caso Cantoral Benavides vs. Peru* e o *Caso J. vs. Peru*. Sob esse viés, apresenta-se uma breve síntese dos principais fundamentos utilizados pela Corte Interamericana para condenar a República do Peru pelas violações aos direitos humanos das vítimas que figuraram nos referidos casos, bem como uma breve narrativa fática dos casos levados a julgamento, além do contexto histórico e político do Peru na época dos acontecimentos.

Palavras-chave: princípio da presunção de inocência; caso Cantoral Benavides vs. Peru; caso J. vs. Peru; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract

The main theme of this text is the principle of the presumption of innocence and its recognition as a rule or duty of treatment. In addition, the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights was analyzed, from which two paradigmatic cases were chosen to expose the object of study: the Cantoral Case of Benavides v. Peru and Case J. Peru. A brief summary of the main grounds used by the Inter-American Court for condemning the Peruvian human rights violations in these cases, as well as a brief factual narrative of the cases brought to trial, historical and political context of Peru at the time of events.

Keywords: *presumption of innocence principle; Cantoral Benavides vs. Peru Case; J vs. Peru Case; Inter-American Court of Human Rights.*



1. Introdução

O presente texto tem como tema central o princípio da presunção de inocência e o seu reconhecimento como regra ou dever de tratamento.

O tema ganha maior relevância em tempos de propagação de discursos punitivistas e exploração midiática de casos penais. Há, portanto, a necessidade de se questionar juridicamente a publicidade abusiva e a estigmatização precoce de acusados por parte da imprensa e agentes estatais, pois as declarações públicas, sem a devida cautela, sobre processos penais, gera na sociedade a crença sobre a culpabilidade do acusado.

A par disso, buscou-se analisar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da qual se elegeu dois casos paradigmáticos para exposição do objeto de estudo: o *Caso Cantoral Benavides vs. Peru* e o *Caso J. vs. Peru*.

Sob esse viés, apresentou-se uma síntese dos principais fundamentos utilizados pela Corte Interamericana para condenar a República do Peru pelas violações aos direitos humanos das vítimas que figuraram nos referidos casos. Não foram abordadas as demais violações enfrentadas nos julgamentos, tão somente as diretamente ligadas à presunção de inocência e ao artigo 8º, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ademais, para a melhor compreensão do entendimento da Corte, fez-se uma breve narrativa fática dos casos levados a julgamento, bem como do contexto histórico e político do Peru na época dos acontecimentos.

2. Contexto histórico dos casos apresentados

O governo de Alberto Fujimori, presidente do Peru durante a década de 1990, ficou notório pelas violações sistemáticas aos direitos humanos no país.

Durante seu mandato, em meio a imposições de diversas medidas autoritárias, Fujimori perpetrou uma verdadeira cruzada ideológica contra o terrorismo.

Sua severa legislação antiterrorista respaldou, durante vários anos, uma série de julgamentos sumários por tribunais militares que violavam os direitos de devido processo dos inculcados. Foi nesse período em que surgiu a figura dos “juizes sem rosto”, que julgavam indivíduos considerados terroristas ou subversivos. Consolidou-se um verdadeiro Estado de exceção, que deu azo a inúmeros massacres generalizados, desaparecimentos forçados, detenções ilegais e arbitrárias, e uso maciço de violência sexual e tortura (BURT 2009, 110).

O inimigo público da vez foi eleito como sendo as guerrilhas comunistas do país, sobretudo o Movimento Revolucionário Tupac Amaru (MRTA) e o grupo Sendero Luminoso (PCP-SL). O Sendero Luminoso é uma guerrilha comunista de inspiração maoísta, que se insurgiu na década de 1960 na luta pelo poder político (LOUREIRO 2008, 300).



Nesse contexto, no dia 06 de fevereiro de 1993, é que Luís Alberto Cantoral Benavides foi preso em sua própria residência por um grupo especializado de polícia da Direção Nacional contra o Terrorismo (DINCOTE).

Apesar da inexistência de qualquer ordem judicial, os agentes do DINCOTE dirigiram-se até o local para capturar José Antônio, irmão de Luís Alberto. Não o encontrando, levaram Luís Alberto juntamente com seu outro irmão, Luis Fernando.

A partir daí é que se iniciou o calvário do senhor Cantoral Benavides, que ficou incomunicável por mais de duas semanas, sem ter contato com qualquer advogado. Durante esse período, antes mesmo de ser processado, foi exibido diante dos meios de comunicação, vestindo roupas listradas similares às de presidiário, e apontado como integrante de um grupo terrorista, e como autor do crime de traição à pátria.

Posteriormente, Cantoral Benavides foi absolvido na Justiça militar, mas acabou processado por crime de terrorismo na Justiça comum, permanecendo preso por todo o processo (de fevereiro de 1993 a junho de 1997). Ao final, foi condenado a 20 anos de prisão (Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Sentencia Caso Cantoral Benavides vs. Peru 2000*, 2, p. 2).

Quase um ano antes da prisão arbitrária de Cantoral Benavides, em 13 de abril de 1992, a senhora J. também fora detida pelos agentes da DINCOTE. Estes teriam sido responsáveis pela prática de tortura e tratamentos cruéis, incluindo violação sexual de J., a qual também foi privada de sua liberdade sem decisão judicial e permaneceu presa em condições desumanas durante 17 dias (*Corte Interamericana de Direitos Humanos 2013*, 39).

A senhora J. foi acusada de estar vinculada ao grupo armado Sendero Luminoso, e foi processada por terrorismo e associação a organizações terroristas. Em 18 de junho de 1993, a Corte Superior de Justiça de Lima a absolveu das acusações por insuficiência de provas.

Contudo, em dezembro de 1993, a Corte Suprema peruana anulou a sentença absolutória e determinou que J. fosse submetida a um novo processo, decretando sua prisão. Para a Corte, teria ocorrido uma apreciação indevida dos fatos e análise inadequada das provas, razão pela qual haveria nulidade na sentença absolutória (*Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentencia Caso J. vs. Peru - Excepción Preliminare, fondo, reparaciones y costas 2013*, 35, p. 105).

Em 2005, o Ministério Público formulou nova acusação contra a senhora J., pela prática dos crimes de apologia e associação ao terrorismo.

Durante esse período, a senhora J. recebeu asilo político na Inglaterra, depois veio a ser presa na Alemanha e quase extraditada. Por força de uma decisão judicial alemã ela foi libertada e sua extradição finalmente negada, sob a fundamentação de que houve violação da proibição de se processar alguém por duas vezes (*GIACOMOLLI 2015*, 113).

Da mesma forma como Cantoral Benavides, a senhora J. teve sua imagem divulgada publicamente como uma criminosa pelo Ministro do Interior em uma coletiva de imprensa. Foi prejudicada, mesmo antes do desfecho de seu segundo processo, não obstante tenha sido absolvida anteriormente pelos mesmos fatos.



Os casos acima narrados são dois dentre outros julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que culminaram na condenação internacional da República do Peru por violações a vários dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O primeiro caso foi denominado *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*, e julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2000, ocasião em que o Peru foi condenado por violações aos direitos de liberdade e integridade pessoais, e às garantias judiciais.

O segundo caso foi denominado *Caso J. vs. Peru*, e julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2013, a qual reconheceu a responsabilidade do Peru por violações ao direito de liberdade e integridade pessoais, garantias judiciais, dignidade e vida privada da senhora J.. Dadas as violações alegadas nesse caso, foi concedida a preservação de identidade solicitada pela vítima, garantindo-se o respeito e proteção a sua identidade, no que diz respeito à confidencialidade do nome e de qualquer informação sensível acerca da violência sexual sofrida, cuja publicação possa afetar seu direito à privacidade e integridade (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentencia Caso J. vs. Peru - Excepción Preliminare, fondo, reparaciones y costas 2013, 6).

Em ambas as sentenças da Corte Interamericana, dentre as violações constatadas, destaca-se o descumprimento do artigo 8º, 2 da Convenção Americana, que versa sobre a presunção de inocência dos acusados criminalmente.

Para além da questão do ônus probatório no âmbito do processo penal, a Corte também abordou outra relevante dimensão da presunção de inocência, reconhecendo-a como regra de tratamento, que rechaça a exposição midiática de acusados como se fossem culpados antes de um pronunciamento judicial definitivo.

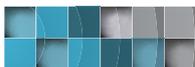
3. A presunção de inocência como corolário do devido processo legal

A presunção de inocência emerge como um dos mais importantes corolários do devido processo penal, traduzindo-se como uma notável conquista civilizatória na luta contra a opressão do poder.

Trata-se de verdadeiro axioma do sistema penal acusatório, erigido como direito fundamental titularizado pelo indivíduo em face do Estado, e como impulsionador da construção e desenvolvimento das demais garantias processuais.

O referido princípio encontrou seu marco ocidental na Declaração dos Direitos do Homem em 1789¹, rompendo com a estrutura inquisitorial da persecução penal no Antigo Regime. Da mesma forma, após a Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948² consagrou a presunção de inocência como garantia processual dos acusados.

Segundo Nereu Giacomolli, “na transição dos modelos históricos de processo penal do inquisitorial ao acusatório, o estado de inocência assumiu uma função relevante em sua modificação estrutural, principalmente no que diz respeito à liberdade e à prova” (GIACOMOLLI 2015, 100).



No âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem³ instituiu o estado de inocência como pressuposto ao direito a um processo regular (GIACOMOLLI 2015, 101). Já a Convenção Americana de Direitos Humanos firmou a proteção ao princípio como uma garantia judicial prevista no art. 8º, 2 do diploma internacional⁴.

Em célebre passagem, Luigi Ferrajoli aduz que “esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela das imunidades dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado” (FERRAJOLI 2015, 506)

O estado de inocência é o status jurídico que o referido princípio constitucional busca garantir, de modo que não se assente prematuramente uma consideração de culpabilidade de acusado (TUCCI 2002, 215).

Ou seja, qualquer investigado ou acusado no bojo de uma persecução penal deve ser presumido inocente até que sua culpabilidade seja estabelecida para além de dúvida razoável, antes de esgotadas todas as vias recursais aptas a questionar uma sentença condenatória. Em outras palavras, por imperativo desta garantia civilizatória, não há como considerar culpado um imputado como autor de crime, sem que haja certeza consolidada por meio do trânsito em julgado de sua sentença condenatória.

Consigne-se que a natureza jurídica da chamada presunção de inocência é de princípio. Nessa esteira, adverte Lenio Streck: “A afirmação de que a presunção de inocência seria uma regra (sic) e não um princípio é tão temerária que uniria autores completamente antagônicos, como são Robert Alexy e Ronaldo Dworkin, na mesma trincheira de combate” (STRECK e TOMAZ DE OLIVEIRA 2012, 93).

Ademais, não se trata de uma presunção no sentido técnico, isto é, não equivale a uma favorável probabilidade preponderante, mas representa uma *pré-ocupação do terreno*, que se mantém boa até que razões suficientes sejam opostas contra ela (WHATELY, 1830, *apud*, LOPES JR.; GLOECKNER 2014, 73).

Assim sendo, impõe-se esta *pré-ocupação* nos espaços mentais do julgador no viés de dever de tratamento e regra de julgamento (LOPES JR., Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica 2015, 35).

3.1. As Dimensões do Princípio da Presunção de Inocência

Segundo a doutrina comumente assentou, a presunção de inocência pode ser vislumbrada sob duas dimensões, das quais se irradiam duas regras: a) regra de julgamento; b) regra de tratamento⁵.

A presunção de inocência como *regra de julgamento* se destina aos agentes oficiais, sobretudo ao magistrado e órgão acusador (GIACOMOLLI 2015, 104).



Sendo regra de fundo probatório, constitui uma imposição dirigida ao juiz, no sentido que de se determine que a carga probatória seja inteiramente do acusador, e que a dúvida necessariamente conduza à absolvição.

Por meio de tal dimensão, a presunção de inocência se expressa na máxima latina do *in dubio pro reo*. Segundo essa regra, o órgão acusador tem o ônus de provar e demonstrar a culpabilidade do acusado, de modo que ninguém deve ser condenado sem a existência de prova plena ou dúvida não razoável.

Justamente por força desse encargo probatório é que se rechaça a iniciativa probatória do juiz – verdadeiro ranço inquisitório no processo penal –, pois a produção ex officio de prova é “necessariamente contra o acusado, em favor da acusação, na medida em que o imputado já estaria absolvido pela dúvida” (GIACOMOLLI 2015, 107).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*, assinalou que o princípio da presunção de inocência constitui um fundamento das garantias judiciais, e que por força do art. 8º, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos é vedada a condenação sem que existam provas plenas da responsabilidade penal do acusado⁶. Nesse julgamento, a Corte entendeu que *Luis Alberto Cantoral Benavides* foi condenado sem que houvesse prova suficiente e precisa dos elementos subjetivos do crime de terrorismo, e que o Estado não se desincumbiu do ônus de provar sua culpabilidade, violando a presunção de inocência ao sentenciá-lo como culpado (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentencia Caso Cantoral Benavides vs. Peru 2000, 42, pár. 116, b)

No mesmo sentido, no *Caso J. vs. Peru*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que a Corte Suprema do Peru não atuou conforme o princípio da presunção de inocência ao anular a sentença absolutória da senhora J., exigindo que o tribunal de primeira instância estabelecesse um juízo de inocência ou culpabilidade da ré, ignorando a possibilidade de absolvição por insuficiência de provas (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentencia Caso J. vs. Peru - Excepción Preliminare, fondo, reparaciones y costas 2013, 69, pár. 226). Aduziu-se que, a declaração de nulidade da sentença absolutória, sem motivação alguma, constitui uma violação adicional ao direito da presunção de inocência (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentencia Caso J. vs. Peru - Excepción Preliminare, fondo, reparaciones y costas 2013, 70, pár. 230).

Não obstante, para além de sua dimensão probatória, a presunção de inocência descortina-se como uma *regra de tratamento*, que assevera o *dever* de que todo o imputado seja tratado como inocente, até que sua culpabilidade seja assentada por uma sentença penal irrecorrível.

4. Presunção de inocência como regra de tratamento à luz da jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos

Por força dessa vertente do princípio, impõe-se um comportamento ao Poder Público – em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu – sendo vedado que estes sejam



tratados como se já houvessem sido condenados judicialmente de forma definitiva (DE MELLO 2011, 17-18).

Portanto, o acusado goza de um estado jurídico de inocência que impõe que receba do Estado um tratamento de acordo com sua condição de pessoa não condenada. Mais do que isso, impõe-se que seja tratado de forma equânime a qualquer cidadão.

Significa dizer que o juiz tem o dever de adotar uma posição negativa – não considerando o acusado como culpado – e, sobretudo, adotar uma posição positiva, tratando-o como inocente (LOPES JR. e GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal* 2014, 71).

Nessa esteira de entendimento, a Corte Interamericana reconheceu no *Caso Cantoral Benavides vs. Peru* que os juízes “sem rosto” abordaram o processo com uma ideia preconcebida da existência da culpa de Cantoral Benavides, reconhecendo que o acusado deveria ter sido tratado como se fosse inocente, sem presunções *a priori* de sua culpabilidade (Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Sentencia Caso Cantoral Benavides vs. Peru* 2000, 42, pár. 116, a).

Portanto, reconhecer o dever de tratamento implica dizer que, no bojo do processo, enquanto subsistir a situação de incerteza no estabelecimento gradual da culpabilidade do acusado, não se admitirá restrições impostas aos seus direitos, nem que se faça juízos morais negativos baseados nesse estado indefinido.

A par disso, Nereu Giacomolli enfatiza que:

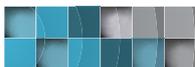
a regra da presunção de inocência exige justificativa da prática de qualquer ato, processual ou não, que induza antecipação de um juízo de censurabilidade. Por isso, qualquer restrição ao sujeito pauta-se pela sua legalidade e justificação fática e jurídica, com suficiência constitucional e convencional. (GIACOMOLLI 2015, 109).

Por óbvio, tolera-se exceções, como no uso de algemas e decretação de prisões cautelares, desde que justificadas e devidamente fundamentadas as restrições e sua substancial necessidade.

De qualquer forma, é a incidência dessa vertente de tratamento que fomenta o combate ao uso desnecessário e abusivo de algemas, e da banalização das prisões preventivas⁷. A rigor, é o estado de inocência que obstaculiza a prisão como antecipação da pena, ao menos no campo teórico (OLIVEIRA 2014, 46).

A regra de tratamento se relaciona com a proteção da dignidade da pessoa humana, e opera sinergicamente com as garantias do devido processo legal e com as garantias fundamentais de proteção à honra, privacidade e intimidade. Consoante aduz LOPES JR. e GLOECKNER: “A presunção de inocência é, antes de tudo, um princípio de caráter político, que conecta os direitos fundamentais ao processo penal” (LOPES JR. e GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal* 2014, 74).

Ademais, nessa dimensão, o princípio não se irradia somente no interior do processo, mas também fora dele; e tanto na fase investigativa, quanto na fase processual da persecução penal.



Por tal motivo, do estado de inocência se extrai um proeminente conteúdo extraprocessual “no que tange à proteção externa à pessoa do suspeito, acusado ou condenado, cuja publicidade abusiva incrementa a estigmatização pelo procedimento, pelo fato de estar sendo investigado, preso, processado” (GIACOMOLLI 2015, 104).

O que se mostra importante assinalar é que, para além dos pontos preconizados, exige-se uma proteção contra a publicidade abusiva e estigmatização precoce do réu, rechaçando-se qualquer tipo de exploração midiática abusiva em torno do fato criminoso, do processo judicial, ou da imagem e intimidade do increpado (GIACOMOLLI 2015, 93). Aos meios de comunicação é vedada a propagação de notícias de forma arbitrária, irresponsável e tendenciosa, mormente atribuindo conotação de condenação antecipada (ARANTES FILHO 2010, 2).

Por essa razão, merece destaque a abordagem da Corte Interamericana – no *Caso Cantoral Benavides vs. Peru* e no *Caso J. vs. Peru* – não só por reconhecer o dever de tratamento como uma dimensão da presunção de inocência, mas também, e principalmente, por evidenciar seu conteúdo extraprocessual.

A Corte concluiu que a República do Peru ofendeu a presunção de inocência de *Cantoral Benavides* ao exibi-lo diante os meios de comunicação, vestindo um traje infamante de presidiário (*trajes a rayas*)⁸, como autor do crime de traição à pátria e integrante de grupo terrorista (PCP-Sendero Luminoso), quando sequer havia sido legalmente processado, nem condenado (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentencia Caso Cantoral Benavides vs. Peru 2000, 43, párr. 119, a).

Ou seja, em que pese as suspeitas de autoria de crime, Cantoral Benavides deveria ter sido tratado como inocente no processo e perante a opinião pública, até que sobreviesse sentença condenatória definitiva, razão pela qual o Peru foi condenado pela violação do artigo 8º, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, dentre outras violações.

Já no *Caso J. vs. Peru*, sentenciado 13 anos depois do primeiro caso, a Corte Interamericana enfrentou o tema de forma menos singela, abordando, em específico, os pronunciamentos das autoridades estatais sobre a culpabilidade de suspeitos de prática de crimes.

Em interpretação ao artigo 8º, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana assinalou que a presunção de inocência “exige que o Estado não condene informalmente a uma pessoa, ou emita juízo diante da sociedade, contribuindo assim a formar a opinião pública, embora não comprovada legalmente a responsabilidade penal daquela” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentencia Caso J. vs. Peru - Excepción Preliminare, fondo, reparaciones y costas 2013, 72, párr. 235 - tradução livre).

A senhora J. foi exposta perante os meios de comunicação, em uma coletiva de imprensa realizada pelo Ministro do Interior, junto com outras pessoas detidas durante uma operação policial, incluindo sua irmã menor. Assim, a imprensa e o Estado divulgaram a imagem da acusada como terrorista e membro do grupo Sendero Luminoso (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentencia Caso J. vs. Peru - Excepción Preliminare, fondo, reparaciones y costas 2013, 72, párr. 273-274).



No julgamento, pontuou-se que os vários pronunciamentos públicos das autoridades estatais sobre a culpabilidade de J. violaram o seu estado de inocência. Com isso, contribuiu-se para a formação de uma falsa imagem de terrorista de J., estigmatizando seu nome e de sua família.

Assinalou-se que esse tipo de declarações viola a presunção, na medida em que fomenta que o público creia na culpabilidade da pessoa julgada e prejudique a análise dos fatos (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentencia Caso Cantoral Benavides vs. Peru 2000, 75, p. 244).

No caso, a opinião pública foi formada com base em uma condenação informal difundida pelos pronunciamentos estatais, sem que houvesse julgamento de mérito condenatório (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentencia Caso J. vs. Peru - Excepción Preliminare, fondo, reparaciones y costas 2013, 77, p. 248).

A Corte, ainda, ratificou oficialmente o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), advertindo que a presunção de inocência exige que as autoridades estatais sejam discretas e prudentes ao realizarem declarações públicas sobre um processo penal (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentencia Caso J. vs. Peru - Excepción Preliminare, fondo, reparaciones y costas 2013, 76, p. 244).

Por fim, consignou-se que o estado de inocência não impede que as autoridades mantenham a sociedade informada sobre investigações criminais, mas requer que isso seja feito com discrição e contextualização necessárias para assegurar o estado de inocência (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentencia Caso J. vs. Peru - Excepción Preliminare, fondo, reparaciones y costas 2013, 76, p. 247).

Nesse diapasão, oportuno colacionar excerto da sentença em questão:

É legítimo, e por vezes constitui um dever, que as autoridades estatais se pronunciam sobre questões de interesse público. Não obstante, as declarações públicas emitidas por funcionários públicos devem guardar especial cautela, a fim de não infringir direitos subjetivos, em razão de sua alta investidura, amplo alcance e eventuais efeitos que as expressões podem surtir em determinados setores da população, de modo a evitar que os cidadãos e outros interessados recebem uma versão manipulada de determinados fatos. (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentencia Caso J. vs. Peru - Excepción Preliminare, fondo, reparaciones y costas 2013, 76, p. 245 - tradução livre)

Isso porque, segundo a Corte Interamericana, há uma clara diferença entre as declarações nas quais se manifesta uma *suspeita* de que alguém é responsável por um determinado crime, e aquelas onde claramente se assesta, na ausência de uma condenação final, que alguém é responsável por crime em questão (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentencia Caso J. vs. Peru - Excepción Preliminare, fondo, reparaciones y costas 2013, 76, p. 246).



5. Conclusão

Diante desse panorama, vislumbra-se uma colisão entre o princípio da liberdade de expressão e direito à informação com a presunção de inocência.

Com efeito, ainda que sejam admitidos juízos de valor em meio a informação, estes não podem violar direitos fundamentais e a dignidade da pessoa investigada.

Em tempos que se vivencia a *civilização do espetáculo* (em alusão ao termo utilizado por Mario Vargas Llosa⁹), com a crescente propagação do discurso punitivista, faz-se necessário inibir a exploração extorsiva dos meios de comunicação de massa, pois cada vez mais vê-se a imprensa como protagonista e usurpadora de uma função estatal, em detrimento do Poder Judiciário, que não raras vezes é encarado como um obstáculo aos salvacionistas da sociedade “de bem” na luta contra a impunidade.

As decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos abordados revelam que, para além da necessária mudança cultural de pensamento, é possível combater e responsabilizar tais violações no campo jurídico, garantindo e reafirmando-se garantias fundamentais do indivíduo que se encontra numa situação de vulnerabilidade perante o aparato do sistema penal.

6. Referências Bibliográficas

ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. *Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à Constituição brasileira*. Revista Liberdades - IBCCRIM, 2010.

BURT, Jo-Marie. *Culpado: o julgamento do ex-presidente peruano Alberto Fujimori por violações dos direitos humanos*. The International Journal of Transitional Justice 03 (2009): 384-405.

CASARA, Rubens R. R. *Prisão e liberdade*. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório Anual de 2013 da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2013.

_____. *Sentencia Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Costa Rica, 18 de 08 de 2000.

_____. *Sentencia Caso J. vs. Peru - Excepción Preliminare, fondo, reparaciones y costas*. Costa Rica, 27 de 11 de 2013.

DE MELLO, Celso. Voto Hc 97.665/RS – STF, Brasília, 22 de 06 de 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.



GOMES, Luiz Flávio, e Valério de Oliveira MAZZUOLI. Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2ª. vol. único. Salvador: Juspodvm, 2014.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury, e Ricardo Jacobsen GLOECKNER. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 6ª. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOUREIRO, Caio de Souza. *Justiça Constitucional e Democracia na América Latina*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18ª. São Paulo: Atlas, 2014.

STRECK, Lenio Luiz, e Rafael TOMAZ DE OLIVEIRA. *O que é isto - as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WHATELY, Richard. *Elements of rethoric*. 3ª. Oxford: W. Baxter, 1830.

Notas

¹ Art. 9º: “Todo homem presume-se inocente enquanto não houver sido declarado culpado; por isso, se se considerar indispensável detê-lo, todo rigor que não seria necessário para a segurança de sua pessoa deve ser severamente punido pela lei”.

² Art. 11, I: “Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa”.

³ Art. 26: “Parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até que se prove sua culpabilidade. Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas”.

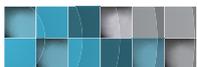
⁴ Art. 8º, 2: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. [...]”.

⁵ Alguns autores identificam uma terceira dimensão da presunção de inocência: como regra de garantia, voltada ao Estado, contra opressões pública e privadas (CASARA 2014, 53).

⁶ Da mesma forma, no Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, a Corte Interamericana consignou a imprescindibilidade da constatação da chamada prova plena para fundamentar um édito condenatório, de modo que, havendo prova incompleta ou insuficiente de culpabilidade impõe-se inexoravelmente a absolvição (Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Série C, n. 111. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf. Acesso em 21/10/2015).

⁷ A Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou, no Caso J. vs. Peru, o entendimento de que a prisão preventiva arbitrária também viola a presunção de inocência prevista no art. 8º, 2 da Convenção Americana.

⁸ Durante aquele período histórico no Peru era comum que a Polícia apresentasse publicamente, ainda durante a fase de investigação, todos os suspeitos por crimes de terrorismo e traição, vestidos de roupas



listradas de presidiários, apontando-os como membros de grupos terroristas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso J. vs. Peru - Excepción Preliminare, fondo, reparaciones y costas 2013, 74, pár. 241).

⁹ No livro “A Civilização do Espetáculo: Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura”, 2013, Editora Objetiva.



O Caso Favela Nova Brasília: rumo ao controle e à auditabilidade do uso excessivo da força policial?

The case of Favela Nova Brasília: towards control and auditability of use of excessive force by the police?

Rafael Lessa Vieira de Sá Menezes
Defensor Público do Estado de São Paulo
Doutor em Direito pela USP
rlmenezes@defensoria.sp.gov.br

Resumo

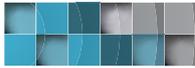
O artigo analisa o caso nova Brasília, que tramita na Corte Interamericana de Direito Humanos e teve origem em duas demandas que correram na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, apresentados em 1995 e 1996. Os fatos tratados no caso são duas incursões da Polícia Civil na Favela Nova Brasília que deixaram um total de vinte e seis pessoas mortas, três pessoas vítimas de tortura e violência sexual e dezenas de familiares a suportar a perda e a inércia estatal na elucidação do ocorrido. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu, após a devida tramitação, que o Estado Brasileiro era responsável por violar dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos; da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Em razão disso, apresentou a denúncia à Corte Interamericana. Assim, analisa-se alguns dos principais aspectos do caso, em confronto com o contexto geral da violência policial no Brasil, apontando-se para a forte probabilidade de que o Brasil seja condenado por ter violado normas do sistema interamericano de direitos humanos.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nova Brasília. Violência Policial.

Abstract

The article analyzes the case of Nova Brasília, which is being processed by the Inter-American Court of Human Rights, and originated in two cases filed by the Inter-American Commission on Human Rights in 1995 and 1996. The facts in the case are two incursions by the Civil Police in Favela Nova Brasília that left a total of twenty-six dead people, three people victims of torture and sexual violence and dozens of relatives to bear the loss and state inertia in the elucidation of what happened. The Inter-American Commission on Human Rights concluded, after due process, that the Brazilian State was responsible for violating provisions of the American Convention on Human Rights; The Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, and the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence against Women. As a result, the Commission presented the complaint to the Inter-American Court. Thus, we analyze some of the main aspects of the case, in comparison with the general context of police violence in Brazil, pointing to the strong probability that Brazil will be condemned for violating the norms of the inter-American human rights system.

Keywords: *Inter-American Court of Human Rights. Nova Brasília. Police Violence.*



1 – Introdução

O caso a ser analisado no presente trabalho está tramitando na Corte Interamericana de Direito Humanos e teve origem em duas demandas que correram na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, quais sejam, o caso 11.566 (Cosme Rosa Genoveva e outros), apresentado em novembro de 1995 pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil); e o caso 11.694 (Evandro de Oliveira e Outros), apresentado em julho de 1996 pela Human Rights Watch /Americas. Os fatos tratados no caso são duas incursões da Polícia Civil na Favela Nova Brasília (uma em outubro de 1994, outra em maio de 1995), no Rio de Janeiro, que deixaram um total de vinte e seis pessoas mortas, três pessoas vítimas de tortura e violência sexual e dezenas de familiares a suportar a perda e a inércia estatal na elucidação do ocorrido.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu, após a devida tramitação, que o Estado Brasileiro era responsável por violar os artigos 4.1 (direito à vida), 5.1, 5.2 (direito a integridade pessoal e proibição de tortura), 8.1 (garantias judiciais), 11 (proteção da honra e da dignidade), 19 (direitos da criança e do adolescente) e 25.1 (proteção judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos; artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, e pelo artigo 7 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

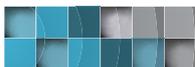
No Relatório de Mérito (Relatório n. 141/11), a Comissão reconheceu um contexto de prática de graves violações de direitos humanos promovida ou tolerada pelo Estado, de uso excessivo de força pela polícia e de deficiência das investigações estatais nas ocorrências deste tipo. Com isso, concluiu que o Estado brasileiro violou diversos dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos e fez oito Recomendações¹ ao Brasil sobre o assunto.

Esgotados os procedimentos previstos nos artigos 48 e 50 da Convenção Americana de Direitos Humanos, diante do não cumprimento das recomendações pelo Estado brasileiro, a Comissão submeteu o caso à Corte Interamericana em 19 de maio de 2015 para que esta examine se o Brasil violou os mencionados dispositivos das três Convenções que obrigam o país no sistema interamericano.

Neste trabalho, serão analisados alguns dos principais aspectos do caso, em confronto com o contexto geral da violência policial no Brasil, apontando-se para a probabilidade de que o Brasil será condenado por ter violado normas do sistema interamericano de direitos humanos.

2 – Desenvolvimento

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem apontado, há anos, em diversos relatórios (seja sobre a situação dos direitos humanos em geral no país, seja em casos individuais que tramitam na Comissão²), que a o uso excessivo da força pela polícia e a impunidade de agentes policiais é um grave problema no Brasil, recomendando uma série de medidas jamais adotadas a contento. Porém, nenhum dos casos individuais tinha sido submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos até 2015, quando o caso ora em exame (caso Cosme Rosa Genoveva ou caso Favela Nova Brasília) foi denunciado. Este caso é emblemático entre todos os casos individuais



que tramitam na Comissão por envolver uma quantidade considerável de pessoas mortas em duas operações policiais realizada na Favela Nova Brasília, no Rio de Janeiro.

É oportuno pontuar, de início, que os fatos do caso Favela Nova Brasília envolvem a Polícia Civil, não a Polícia Militar do Rio de Janeiro. Em razão de ter atribuição constitucional para o policiamento ostensivo, a Polícia Militar está envolvida na grande maioria das ocorrências com mortes decorrentes de intervenção policial. O fato de o caso em questão envolver a Polícia Civil levanta, desde logo, uma questão interessante: a da desmilitarização da polícia ou desmilitarização da segurança pública³ e o fato de que o que está em questão quando se fala de desmilitarização não é tão somente o nome desta ou daquela polícia, tampouco apenas certa ligação orgânica com as Forças Armadas, mas o *modus operandi* da segurança pública como um todo⁴. A desmilitarização deve ser entendida como um amplo processo de reforma procedimental, legal, institucional e cultural, o qual envolve a adoção de padrões civilizacionais mínimos para pautar a atuação, o controle e a auditabilidade das políticas e das forças segurança pública.

A Corte Interamericana deverá julgar o caso tendo em vista o contexto geral de uso excessivo e desproporcional da força pelas polícias brasileiras e os diversos impasses das tentativas de democratização da segurança pública no Brasil, inclusive a desmilitarização e a constituição de uma polícia estritamente civil.

Referidos impasses evidenciam uma transição democrática incompleta pela qual o país passou. Não obstante as diversas garantias de direitos consagradas na Constituição Federal de 1988, esta manteve o modelo de separação das polícias (uma civil e uma militar) e constituiu a polícia militar como força de reserva do exército; o campo da segurança pública, desde então, ficou basicamente submetida a métodos, procedimentos e ideologia das polícias do período pré-1988, pouco permeável a reformas e propostas advindas da sociedade e da academia – e tudo isto tanto no policiamento ostensivo, de incumbência da polícia militar, como no investigativo, da polícia civil.

Com a manutenção das profundas desigualdades sociais e do *modus operandi* da segurança pública no contexto democrático, teve *continuidade* o processo de massacre da juventude negra, pobre e periférica – adota-se aqui o conceito de massacre no sentido criminológico apontado por E. R. Zaffaroni como sendo “toda prática de homicídios de um número considerável de pessoas, por parte de agentes de Estado ou de um grupo organizado com controle territorial, em forma direta ou com clara complacência, levada a cabo em forma conjunta ou continuada, fora de situações reais de guerra que impliquem forças mais ou menos simétricas”⁵.

O caso Favela Nova Brasília é apenas um dos casos que exemplifica o massacre que ocorre no Brasil - e é emblemático por conter uma série de elementos que caracteriza o modo como as instituições incumbidas do controle do uso excessivo da força (a começar pela própria polícia e suas corregedorias, passando pelos órgãos do Poder Executivo, do Poder Judiciário e do Ministério Público) lidam com este controle e com a segurança pública em geral.

O primeiro grupo dos elementos acima mencionados e presentes no caso Favela Nova Brasília é o das deficiências nas investigações, as quais, conforme entendimento da Comissão Interamericana, implica na violação da garantia do direito à vida⁶. Em casos relacionados a mortes causadas pela polícia, observa-se um padrão de condução das investigações que acarreta a



legitimação *prima facie* da ação policial e a ocorrência de uma série de procedimentos que, na prática, impedem o controle e a auditabilidade das ações policiais. É dizer, os procedimentos investigativos são tão frágeis que legitimam toda ação policial que faça uso da força, seja este uso adequado ou excessivo.

Apenas excepcionalmente, quando há repercussão midiática, mobilização de familiares, conhecidos ou testemunhas ou quando autoridades encarregadas de realizar o controle da atividade policial atuam com rigor, execuções sumárias e outros abusos policiais são devidamente investigados e podem levar à responsabilização dos agentes envolvidos.

Os problemas das investigações começam com a não preservação do local do crime e com as deficiências das perícias (do corpo, do local do crime, das armas e outros objetos apreendidos, etc) e procedimentos que esclareceriam a dinâmica do ocorrido. De fato, os peticionários argumentaram perante a Comissão que nos dois casos as autoridades utilizam a justificativa de fogo cruzado para explicar as mortes causadas pela polícia. Esta é a alegação constante em todos os boletins de ocorrência sobre morte decorrente de intervenção policial. Porém, para a demonstração da ocorrência do fogo cruzado, é necessário que os órgãos de controle possam determinar a dinâmica dos fatos, em especial onde e como cada um dos confrontantes atirou e, portanto, se a ação dos agentes policiais foi adequada (excepcional, necessária e proporcional).

É curioso notar que, perante a Comissão, o Brasil afirmou que o único reparo que se poderia fazer à atuação policial seria por terem desfeito a cena do crime, o que impossibilitou a realização de uma perícia adequada do local. Porém, justificou tal ato dizendo que isto foi feito para socorrer as vítimas ao hospital, quando os próprios policiais assumiram, no Inquérito Policial 52/94, que cadáveres foram removidos de uma praça para o hospital⁷ - e no Inquérito Policial 61/95, documentos do hospital confirmam que chegaram no hospital apenas cadáveres⁸.

A Corte Interamericana poderá abordar estes fatos determinando que o Brasil regulamente em âmbito nacional o socorro a pessoas feridas pela polícia. No Estado de São Paulo, a Resolução nº 05/2013 da Secretaria de Segurança Pública instituiu a proibição de o socorro ser prestado pelos próprios policiais, que deverão acionar os serviços de emergência, regulamentando a preservação do local da ocorrência, nos seguintes termos:

Artigo 1º. Nas ocorrências policiais relativas a lesões corporais graves, homicídio, tentativa de homicídio, latrocínio e extorsão mediante sequestro com resultado morte, inclusive as decorrentes de intervenção policial, os policiais que primeiro atenderem a ocorrência, deverão:

I – acionar, imediatamente, a equipe do resgate, SAMU ou serviço local de emergência, para o pronto e imediato socorro;

II – comunicar, de pronto, ao COPOM ou CEPOL, conforme o caso;

III – preservar o local até a chegada da perícia, isolando-o e zelando para que nada seja alterado, em especial, cadáver (es) e objeto (s) relacionados ao fato; ressalvada a intervenção da equipe do resgate, SAMU ou serviço local de emergência, por ocasião do socorro às vítimas. (...)

Artigo 2º. A Superintendência da Polícia Técnico-Científica tomando conhecimento, por qualquer meio, dos crimes mencionados no artigo 1º desta resolução, deslocará, imediatamente, equipe especializada para o local, a qual



aguardará a presença da Autoridade Policial ou a requisição desta para o início dos trabalhos.

A *ratio* de tal norma é, primeiro, evitar que cadáveres sejam removidos e entregues a hospitais, de modo a viabilizar o escorrido trabalho dos órgãos periciais; segundo, permitir que profissionais especializados prestem os primeiros socorros, evitando a remoção da pessoa ferida no porta malas das viaturas policiais.

Outra deficiência básica, corriqueira e persistente do modo como estas ocorrências são tratadas nas instituições nacionais diz respeito ao registro criminal das mesmas. Matar alguém, pelo Código Penal Brasileiro, é o tipo de homicídio. Porém, a praxe policial leva a que nos boletins de ocorrência conste: i) o suposto crime que o “morto” estaria tentando praticar, como, por exemplo, roubo ou tráfico de drogas; ii) a figura da “resistência seguida de morte”, que seria também um crime praticado pelo morto, o crime de resistência, porém, “seguida de morte” do próprio autor do crime. Ora, se o autor do crime está morto, a utilidade de tal boletim de ocorrência é nula (a punibilidade se extingue com a morte), exceto pelo seguinte: a utilidade de encobrir o único fato típico que resta a ser apurado, investigado, elucidado, submetido ao controle judicial: a morte causada pela polícia. Este fato típico poderá estar amparado pela excludente da legítima defesa, mas isto só poderá ser determinado no curso das investigações, cabendo ao Ministério Público concluir por eventual denúncia ou pedido de arquivamento.

A Comissão havia recomendado expressamente ao Brasil, no Relatório de 2011, acabar com o registro de tais fatos como “resistência seguida de morte”⁹. Em 21 de dezembro de 2012, foi editada a Resolução 8 do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que dispôs “sobre a abolição de designações genéricas, como ‘autos de resistência’, ‘resistência seguida de morte’, em registros policiais, boletins de ocorrência, inquéritos policiais e notícias de crime”. Ocorre que tal resolução não é vinculativa para os Estados, de modo que pouco alterou a praxe policial. Neste sentido, não poderá ser invocada pelo Estado perante a Corte como apta a cumprir a recomendação da Comissão.

Um Projeto de Lei tramita no Congresso Nacional e pretende abolir os autos de resistência por meio de alteração do Código de Processo Penal, mas não há indicativo para sua aprovação¹⁰. O Estado de São Paulo, na já mencionada resolução 05/2013 da SSP-SP¹¹, aboliu o uso da palavra “resistência”, mas não determinou explicitamente o registro como homicídio, obrigando apenas o uso da expressão “morte decorrente de intervenção policial”. Apenas a aprovação daquele Projeto de Lei e a demonstração fática de que todos os Estados da Federação e o Distrito Federal aboliram esta prática poderia implicar na não responsabilização do Brasil.

O aspecto mais evidente das falhas das investigações diz com a sua duração não razoável: no relatório de mérito de 2011 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apontava que as investigações ainda não tinham sido finalizadas (lembrando que os fatos são de 1994 e 1995). A própria admissibilidade do caso se deu com base na não finalização das investigações no prazo legal, qual seja, 30 dias (artigo 10 do CPP), bem como pela falta de manifestação judicial sobre serem os fatos de difícil elucidação (artigo 10, parágrafo 3º, do CPP¹²). Com isso, a Comissão admitiu¹³ o caso com base na exceção de esgotamento dos recursos internos estabelecida no Art. 46(1) da Convenção, diante do atraso injustificado na decisão sobre tais recursos, prevista no art. 46(2)(c) da Convenção e 37(2)(c) do Regulamento da Comissão.



Outro aspecto a mencionar é que a legalidade do uso da força só pode ser estabelecida após as devidas investigações. Além da duração razoável, estas investigações precisam ser efetivas, dirigidas para elucidar o que realmente aconteceu. Assim entendeu a Comissão Interamericana em seu relatório de mérito, mencionando precedente da Corte Europeia de Direitos Humanos:

Deve haver alguma forma de investigação oficial efetiva quando indivíduos são mortos como resultado do uso da força. O propósito essencial dessa investigação é assegurar a efetiva implementação das leis domésticas que protegem o direito à vida e, naqueles casos que envolvem agentes ou órgãos do Estado, garantir sua rendição de contas pelas mortes ocorridas sob sua responsabilidade (...)A investigação também deve ser efetiva no sentido de ser capaz de chegar a uma determinação sobre se o uso da força nesses casos foi ou não justificado pelas circunstâncias. Esta não é uma obrigação de resultados, mas sim de meios. As autoridades devem ter adotado as medidas razoáveis ao seu alcance para proteger as provas relativas ao incidente, incluindo *inter alia* depoimentos de testemunhas oculares, provas periciais e, se for o caso, uma autópsia que proporcione um registro completo e exato da lesão e uma análise objetiva das conclusões clínicas, inclusive a causa da morte. Qualquer deficiência na investigação que prejudique sua capacidade de estabelecer a causa da morte ou a pessoa ou pessoas responsáveis correrá o risco de descumprir esse critério.¹⁴

No caso Cosme Rosa Genoveva, constatou-se que até mesmo diligências que foram ordenadas pelo delegado de polícia não foram cumpridas no inquérito policial, o que vicia a lisura da investigação e gera responsabilidade internacional do Brasil. Daí ter a Comissão Interamericana considerado que, “se os inquéritos tivessem sido dirigidos com o objetivo de determinar a legalidade (ou a ilicitude) do uso de força letal pela polícia, não teria sido complexo para o Estado realizar investigações sobre operações policiais levadas a cabo pelas próprias forças de segurança do Estado”¹⁵.

A falta de controle judicial dos atos investigatórios, consistente no fato de não ter havido o controle previsto no artigo 10, parágrafo 3º, do CPP, foi um aspecto levado em conta pela Comissão para a admissibilidade do caso Favela Nova Brasília. Este fato exige atenção das Secretarias de Segurança Pública e do Poder Judiciário para que os mecanismos de controle estabelecidos pela lei não sejam a qualquer pretexto desprezados. A Corte Interamericana poderá condenar o Brasil por nem sempre levar a sério o papel do Judiciário, e também do Ministério Público, no controle da atividade policial.

De fato, os casos relacionados ao uso excessivo da força, como fatos típicos que são¹⁶, são analisados pelo Ministério Público, que pode pedir diligências complementares, oferecer denúncia ou pedir o arquivamento do feito. Em todos os casos, o feito deve passar pelo Poder Judiciário, que exerce o último controle legal interno sobre a investigação.

A praxe demonstra que, em regra, os casos relacionados a uso excessivo da força pela polícia, em especial os de mortes decorrentes de intervenção policial, são analisados levando em



conta menos a dinâmica dos fatos (com a análise minuciosa dos laudos periciais e a descrição pormenorizada da dinâmica da ocorrência) do que os antecedentes da vítima. O fato de a pessoa possuir antecedentes implica quase que automaticamente no pedido de arquivamento dos inquéritos policiais deste tipo. Escapa, em regra, ao Ministério Público e ao Magistrado a análise rigorosa sobre se os policiais agiram em conformidade com as normas e padrões internos da própria polícia (por exemplo, se observaram os procedimentos operacionais padrão de abordagem e de uso de armas) e com os padrões internacionais¹⁷. O confronto dos fatos com estas regras, que poderia levar à conclusão de que houve excesso na legítima defesa, raramente acontece. Assim, se a ação policial se deu contra “bandidos”, é quase certo que será legitimada no Poder Judiciário, independentemente da determinação sobre como agiram os agentes policiais.

Este quadro de coisas certamente levará à condenação internacional do Brasil, por violação à Convenção Americana de Direitos Humanos, já que implica que o direito à vida não é assegurado perante forças policiais que agem ilegalmente. Neste sentido, deve o Estado brasileiro trabalhar para que haja mais rigor na condução do inquérito policial, na fiscalização do Ministério Público, inclusive com o pedido de diligências complementares que esgotem as investigações, e na análise feita destes autos pelo próprio Judiciário, que, no limite, constatando problemas nas conclusões do MP, pode aplicar o artigo 28 do CPP. Sobre este, aliás, deve ser observado que não esgota as providências possíveis do Procurador-Geral de Justiça, que poderia também designar outro órgão do Ministério Público para requisitar novas diligências, ou requisitá-las diretamente. A reforma legislativa seria o mais adequado para explicitar esta possibilidade.

Um outro ponto deve ainda ser abordado: é comum que policiais e autoridades estatais justifiquem o uso excessivo da força como uma reação a um contexto geral de violência social. As ocorrências em que isto ocorre são, em regra, apresentadas ao escrutínio investigativo e judicial, bem como à imprensa, como ocasiões em que se fez uso legítimo da força, necessário em razão da reação, resistência e violência empregada pelo “criminoso”, que acaba violentado ou morto.

Neste sentido, no caso Cosme Rosa Genoveva, as alegações do Estado à Comissão Interamericana foram no sentido de haver um grave problema de segurança pública no Rio de Janeiro, com crime organizado, tráfico de drogas e enfrentamentos dos criminosos com as forças de segurança do Estado. Porém, o Brasil também apontou à Comissão que as investigações ainda estavam em andamento, mesmo passada mais de uma década dos fatos. A conclusão que se pode tirar das alegações do Estado é simples: ele apoia a sua defesa em uma presunção de legitimidade do uso da força, já que não há provas razoáveis e concludentes sobre a dinâmica dos fatos. Isto é evidenciado pelo não encerramento do inquérito policial – sem um inquérito policial que adote procedimentos mínimos de elucidação da verdade, o Estado não pode afirmar com segurança que não houve excesso.

O Relator da ONU para Execuções Extrajudiciais, Sumárias e Arbitrárias, Philip Alston, já observara, sobre as investigações policiais no Brasil de casos de mortes causadas pela polícia que tais mortes:

(...) devem ser investigadas pela polícia civil porém, os escassos recursos e um forte corporativismo fazem com que tais investigações em raras ocasiões sejam conduzidas de modo correto, quando realizadas. Os policiais envolvidos na morte muitas vezes são as únicas testemunhas que prestam declarações. São



raras as vezes em que é feita uma reconstituição no local do crime. A má coleta de provas, pela polícia, torna quase impossível a obtenção de provas suficientes pelos promotores públicos para a contestação do registro de ocorrência. Na prática, o registro como resistência torna os antecedentes do falecido uma questão chave e inverte, de fato, o ônus da prova. Uma investigação séria de um homicídio é pouco provável, a não ser que a família possa demonstrar que o falecido era “trabalhador” e que possa atrair a atenção da imprensa.¹⁸

Daí o Relator concluir pela necessidade de abolição dos “autos de resistência” e de que “todas as mortes praticadas por policiais devem ser registradas como as demais mortes e ser investigadas a fundo”¹⁹.

A existência de deficiências nas investigações implica que falta ao Estado elementos suficientes para afirmar com segurança que o uso da força pela polícia foi legítimo. A própria deficiência das investigações implicará na responsabilidade estatal, já que é dever do Estado conduzi-las com seriedade, conforme já decidiu a própria Corte Interamericana:

Em casos de execuções extrajudiciais, é essencial que os Estados investiguem efetivamente a privação do direito à vida, e se for o caso, castiguem todos os responsáveis, especialmente quando agentes estatais estão envolvidos, já que do contrário, estariam criando, num ambiente de impunidade, as condições necessárias para a repetição deste tipo de fatos, o que é contrário ao dever de respeitar e garantir o direito à vida. Além disso, se as ações que violam direitos humanos não são investigadas seriamente, elas resultariam, de alguma maneira, auxiliadas pelo poder público, o que compromete a responsabilidade internacional do Estado.²⁰

De fato, as deficiências na investigação levam, no mínimo, a três ordens de consequências jurídicas: a não responsabilização penal dos agentes policiais envolvidos, em razão da falta de provas exigidas para uma condenação criminal; a responsabilização estatal na esfera cível pela morte e pelas falhas na investigação, já que tem o Estado responsabilidade civil objetiva (Constituição Federal, artigo 37, § 6º); e a responsabilização internacional do Estado por violação a normas de direitos humanos.

Deve ficar claro que, quando se trata de danos causados pelo uso da força por agentes policiais, o ônus da prova sobre a legitimidade dos atos destes agentes, na esfera cível e na esfera internacional, recai sobre o próprio Estado, mesmo porque é este que dispõe de estrutura investigativa e do monopólio da persecução e punição de atos ilegais eventualmente praticados. Cabe ao Estado, assim, demonstrar a legitimidade da ação policial. Neste sentido entendeu a Comissão Interamericana no Relatório de Mérito do caso Favela Nova Brasília, mencionando importantes precedentes da Corte Interamericana e observando que esta já:

(...) estabeleceu regras claras sobre o ônus da prova, quando se alega que uma morte (ou, como no presente caso, 13 mortes por vez) ocorreu como consequência do uso legítimo da força, da seguinte maneira: “sempre que o uso da força resulta na morte ou lesões a uma ou mais pessoas, o Estado deve dar uma explicação convincente e satisfatória dos fatos e refutar as alegações relacionadas à sua responsabilidade, através de provas adequadas.”²¹ Em outras palavras, o Estado deve provar que a reação das suas forças de segurança foi tão excepcional, necessária e proporcional quanto exigido pela situação, particularmente pelas ameaças impostas pelas vítimas; e que seus agentes inicialmente tentaram outros métodos menos letais de intervenção que resultaram ineficazes^{22 23}



Igualmente, na análise da responsabilidade estatal pelos estupro cometidos pelos policiais na Favela Nova Brasília,

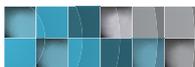
(...) a Corte Interamericana asseverou que ‘o Estado tem o ônus da prova para refutar as acusações sobre sua responsabilidade, e não pode se eximir, exclusivamente, com base na incerteza sobre se o estupro ocorreu ou sua autoria, quando isso é consequência dos seus próprios erros ou das falhas [na investigação].’²⁴ Por sua parte, o Brasil argumentou perante a Comissão Interamericana que ‘não é muito verossímil’ que alguém pudesse realizar atos de natureza sexual durante um tiroteio, e questionou a veracidade das declarações dessas três supostas vítimas com o argumento de que moradores de favela tendem a tentar desmoralizar a polícia. Na opinião da CIDH, estes argumentos não satisfazem o ônus da prova que recai sobre o Estado em relação às alegações de violência sexual e estupro. Consequentemente, a CIDH conclui que as três vítimas foram agredidas pela polícia; que J.F.C. sofreu violência sexual perpetrada por policiais; e que C.S.S. e L.R.J. foram estupradas por policiais.²⁵

Esta possibilidade de o Estado demonstrar que a ação da polícia foi necessária e proporcional refletiria a existência de controles institucionais adequados do uso da força. Não sendo o caso do contexto brasileiro, restará a responsabilização internacional pela Corte Interamericana.

Outros elementos que deveriam estar entre as preocupações primordiais do Estado é que a segurança pública deve ser concebida como um serviço público prestado aos cidadãos e como um conjunto de decisões, planos, metas e ações governamentais, ou seja, como uma política pública voltada ao controle da violência social. Neste sentido, o Estado deve reconhecer a seletividade da atividade policial, o racismo praticado pelas polícias e a incidência da violência desproporcional contra a juventude negra, pobre e periférica para, a partir disto, traçar políticas públicas consequentes que minimizem estes fatos.

Não se pode negar o complexo contexto de violência no Brasil. O que não se pode admitir é que o Estado meramente se valha deste contexto como justificativa para deixar seus agentes agirem com toda liberdade e sem controle institucional algum. Reconhecer a segurança pública como serviço público para todos implica em controlar a qualidade do serviço prestado, em estabelecer mecanismos de prestação de contas, o que inclui o controle do uso da força pelas polícias. Para que este controle seja realizado, é preciso que haja auditabilidade, ou seja, que haja produção de dados detalhados das ações praticadas pelos policiais, bem como mecanismos de controle (institucionais, como as corregedorias de polícia e o Poder Judiciário, e populares, como as ouvidorias de polícia) que evitem que os registros sejam burlados. Medidas como uso de GPS por todas as viaturas policiais e de câmaras de filmagem por todos os policiais em serviço (as câmaras poderiam ser presas na farda do policial) são algumas das medidas possíveis para se chegar a uma auditabilidade razoável do uso da força pela polícia. Na apreciação do caso Favela Nova Brasília pela Corte, será conveniente que esta determine ao Brasil que confira o máximo possível de auditabilidade sobre procedimentos básicos policiais (lembrando sempre que, por serem atos de poder, não estão completamente submetidos ao controle judiciário ou correccional²⁶).

No procedimento perante a Comissão, o Estado alegara que estava adotando medidas para implementar ações e programas destinados a remediar os problemas de segurança pública, mencionando o PRONASCI (Programa Nacional de Segurança Pública) e o “Projeto Medalha de



Ouro: Construindo Convivência e Segurança”, desenvolvido no contexto dos Jogos Pan-Americanos de 2007 no Rio de Janeiro para promover a Segurança Cidadã. Tais iniciativas, entretanto, como outras também adotadas pontualmente²⁷, tiveram impacto limitado na redução da violência policial e na mudança de postura institucional das polícias em todo o Brasil. Certamente a Corte Interamericana condenará o Brasil por não adotar políticas públicas mais efetivas para a redução da violência policial e para controle do uso da força pelas polícias.

3 - Considerações Finais

A proibição da privação arbitrária da vida é um direito humano absoluto, protege o indivíduo e obriga o Estado a adotar todas as garantias para efetivá-lo²⁸. Acima das justificativas estatais sobre a violência social, deveria estar: a) a necessidade de investigação rigorosa de ocorrências em que há uso da força pela polícia, em especial de força letal; b) a concepção da segurança como um serviço público, o qual exige políticas públicas compreensivas para a sua boa prestação, inclusive com controle e auditabilidade do uso da força pela polícia.

Observe-se que a justificativa do Brasil sobre o uso da força desproporcional, alegando que há um contexto social de grande violência, esconde algumas questões básicas sobre as quais o Estado deveria se preocupar com anterioridade: o uso da força pelo Estado, num contexto em que este aparece como Estado Democrático de Direito, deve estar sujeito a controle público e a mecanismos institucionais de fiscalização. A credibilidade destes mecanismos depende, dentre outros aspectos, que os procedimentos apuratórios de violações de direitos humanos cometidos por agentes estatais tenham uma duração razoável e que sejam efetivos para a elucidação da ocorrência (direito à verdade e à Justiça). O caso Favela Nova Brasília explicita a dificuldade de apuração destas violações quando as mesmas são cometidas pela polícia. Uma das razões para esta dificuldade diz com uma característica inerente a toda atividade policial: a atuação no limiar da legalidade²⁹, que implica, a) a praxe policial não raro envolve o uso de procedimentos extralegais ou ilegais; b) as instituições de controle, quando não são abertamente complacentes, tendem a relevar a atuação para além dos limites da legalidade ou a flexibilizar as exigências probatórias nas ocorrências deste tipo.

A Corte Interamericana de Direitos humanos já reconheceu, em caso contra Honduras³⁰, que um caso individual estava inserido num contexto com padrão de execuções extrajudiciais, concluindo pela responsabilidade do Estado. No caso Favela Nova Brasília, certamente o Brasil será responsabilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e precisará adotar medidas para lidar com o contexto geral de violência. Melhor seria se o Brasil se adiantasse em instituir os mecanismos de controle e auditabilidade do uso da força, adequando-se aos padrões internacionais mínimos de direitos humanos.

Referências

COMISSÃO IDH, Relatório de Admissibilidade n. 78/98, Caso 11.566, Cosme Rosa Genova versus Brasil.



COMISSÃO IDH, Relatório de Mérito n. 141/11, Casos 11.566 e 11.694, Cosme Rosa Genovena, Evandro de Oliveira e Outros (Favela Nova Brasília) versus Brasil.

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia. O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997.

ONU, Relatório do Relator Especial de execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias Dr. Philip Alston, Adendo Missão ao Brasil, A/HRC/11/2/Add.2, de 29 de agosto de 2008, disponível em tradução não oficial em <http://www.abant.org.br/conteudo/000NOTICIAS/OutrasNoticias/portugues.PDF>.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La Palabra de los Muertos: Conferencias de Criminologia Cautelar*, EDIAR, Buenos Aires, 2011.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em Busca de las Penas Perdidas – Delegitimacion y Dogmatica Juridico-Penal*. EDIAR, Buenos Aires, 1998.

-
- ¹ As Recomendações foram as seguintes: “1. Realizar uma investigação completa, imparcial e efetiva das violações descritas neste relatório, dentro de um período razoável de tempo, por autoridades judiciais que sejam independentes da polícia, a fim de determinar a verdade e punir os responsáveis. Essa investigação deve levar em consideração os vínculos existentes entre as violações de direitos humanos descritas neste e o padrão de uso excessivo da força letal pela polícia. Ainda, deve incluir as possíveis omissões, demoras, negligências e obstruções de justiça provocadas por agentes do Estado;
2. Adotar todas as medidas necessárias para garantir uma compensação adequada e plena pelos prejuízos tanto materiais como morais causados pelas violações descritas neste, em favor de L.R.J., C.S.S., J.F.C. e das vítimas descritas no parágrafo 191 deste relatório;
3. Eliminar imediatamente a prática de automaticamente registrar as mortes causadas pela polícia mediante “autos de resistência”;
4. Erradicar a impunidade pela violência policial em geral, adaptando suas leis internas, regulamentos administrativos, procedimentos e planos de operação das instituições com competência sobre políticas de segurança cidadã, para garantir que elas sejam capazes de prevenir, investigar e castigar quaisquer violações de direitos humanos provocadas por atos de violência perpetrados por agentes do Estado;
5. Criar sistemas de controle independente internos e externos para rendição de contas a fim de tornar efetivo o dever de investigar qualquer caso em que as forças de segurança façam uso da força letal e/ou violência sexual, com uma perspectiva de gênero e étnico-racial, e fortalecer a capacidade institucional de órgãos independentes de supervisão, inclusive os de medicina legal, para combater o padrão de impunidade em casos de execuções extrajudiciais pela polícia;
6. Implementar planos para modernizar e profissionalizar as forças policiais, garantindo a rendição de contas por abusos do passado mediante o afastamento de notórios perpetradores dos órgãos de segurança do Estado, assim como de outros cargos de autoridade, e adequar a sua filosofia institucional para cumprir com padrões e princípios internacionais de direitos humanos relacionados com segurança cidadã;
7. Treinar adequadamente o pessoal policial em como lidar efetivamente e eficazmente com pessoas dos setores mais vulneráveis da sociedade, incluindo crianças, mulheres, e moradores de favela, a fim de superar o estigma de que todos os pobres são criminosos;
8. Regulamentar, mediante lei formal e material, os procedimentos policiais que envolvem o uso legítimo da força letal, estabelecendo expressamente que o mesmo seja considerado um último recurso que somente deve ser aplicado conforme os princípios de excepcionalidade, necessidade, e proporcionalidade. Nesse sentido, o Estado deve levar em consideração, inter alia, os Princípios Básicos da ONU sobre o Uso da Força e de Armas de Fogo por Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei, o Código de Conduta da ONU para Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei, e os Princípios da ONU sobre a Efetiva Prevenção e Investigação de Execuções Sumárias, Arbitrárias e Extrajudiciais.” COMISSÃO IDH, Relatório de Mérito n. 141/11, Casos 11.566 e 11.694, Cosme Rosa Genovena, Evandro de Oliveira e Outros (Favela Nova Brasília) versus Brasil.



² Vide, por exemplo, COMISSÃO IDH, Relatório n. 33/04, Caso 11.634, Jailton Neri da Fonseca versus Brasil, 11 de março de 2004, para. 77; e COMISSÃO IDH, Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil, 29 de setembro de 1997, Capítulo III, paras. 8, 11 e 13.

³ Observe-se que a segurança pública não é apenas um campo de incumbência dos órgãos elencados no art. 144 da Constituição Federal, mas de todo o Estado e sociedade, sendo a polícia agência estatal incumbida de lidar diretamente com a prevenção e repressão criminal.

⁴ Neste sentido, o caso em questão mostra claramente o modo militarizado como a polícia civil atua. Vide, por exemplo, COMISSÃO IDH, Relatório de Mérito n. 141/11, Casos 11.566 e 11.694, Cosme Rosa Genovena, Evandro de Oliveira e Outros (Favela Nova Brasília) versus Brasil, pars. 11 e 13, “De acordo com os peticionários, em 8 de maio de 1995, aproximadamente às 6 da manhã, uma incursão policial de larga escala foi realizada na Favela Nova Brasília por um grupo de 14 policiais civis fortemente armados da Delegacia de Repressão a Roubos e Furtos contra Estabelecimentos Financeiros (DRRFCEF), com o apoio de dois helicópteros”; “1. De acordo com os peticionários, em 18 de outubro de 1994, aproximadamente às 5 da manhã, uma incursão policial de larga escala foi realizada na Favela Nova Brasília por um grupo de 110 policiais civis de vários distritos da Polícia Civil do Rio de Janeiro, incluídas a Divisão de Repressão a Entorpecentes (DRE) e a 21ª Delegacia de Polícia. A operação supostamente tinha como objetivo cumprir com 104 mandados de prisão contra supostos traficantes de droga. Os peticionários observam que a imprensa local qualificou a operação como uma forma de retaliação devido ao ataque armado contra a 21ª Delegacia de Polícia próxima dali, ocorrido em 15 de outubro, o qual teria sido supostamente perpetrado por traficantes da Nova Brasília e deixou 3 policiais feridos. De acordo com os peticionários, depois disso, os policiais invadiram pelo menos cinco casas na Favela Nova Brasília, onde eles sujeitaram os residentes à violência e detenção arbitrária, ou entraram atirando e executaram sumariamente os habitantes.”

⁵ E. R. ZAFFARONI, *La Palabra de los Muertos: Conferencias de Criminología Cautelar*, 2011, p. 431.

⁶ COMISSÃO IDH, Relatório de Mérito n. 141/11, Casos 11.566 e 11.694, Cosme Rosa Genovena, Evandro de Oliveira e Outros (Favela Nova Brasília) versus Brasil, pars. 126 e seguintes.

⁷ COMISSÃO IDH, Relatório de Mérito n. 141/11, Casos 11.566 e 11.694, Cosme Rosa Genovena, Evandro de Oliveira e Outros (Favela Nova Brasília) versus Brasil, par. 100.

⁸ COMISSÃO IDH, Relatório de Mérito n. 141/11, Casos 11.566 e 11.694, Cosme Rosa Genovena, Evandro de Oliveira e Outros (Favela Nova Brasília) versus Brasil, par. 115. O mesmo relatório, mencionando obra de CACO BARCELOS, *Rota 66*, pp. 131-132, menciona que “37. No IML, só haviam registros das vítimas fatais mortas na cidade de São Paulo capital, mas só esse número perfazia 4.179 vítimas da força letal da polícia. Seiscentos e oitenta vítimas identificadas eram crianças. De acordo com várias fontes, incluso as estatísticas oficiais da Polícia Militar, que não incluem os anos 70 pois as autoridades ainda recusam-se a fazer públicas as cifras dessa década, Barcellos identificou e estabeleceu o perfil de 60% de um estimado total de 7.500 a 8.000 vítimas da Polícia Militar de São Paulo em vinte e dois anos. Uma prática especialmente importante que foi identificada em Rota 66 foi a manipulação da cena do crime pela polícia; já que 3.546 “adversários” foram removidos do local em que foram baleados para hospitais devido a um suposto intento humanitário de salvar suas vidas. No entanto, o que os hospitais receberam foram 3.546 cadáveres.”

⁹ COMISSÃO IDH, Relatório de Mérito n. 141/11, Casos 11.566 e 11.694, Cosme Rosa Genovena, Evandro de Oliveira e Outros (Favela Nova Brasília) versus Brasil, Recomendação 3.

¹⁰ Trata-se do PL 4471/2012, que visa a alterar os arts. 161, 162, 164, 165, 169 e 292 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941- Código de Processo Penal.

¹¹ “Artigo 3º. Quando da elaboração de registros policiais, boletins de ocorrência, notícias de crime e inquéritos policiais, as Autoridades Policiais deverão abster-se da utilização das designações “auto de resistência”, “resistência seguida de morte” e expressões assemelhadas, que deverão ser substituídas, dependendo do caso, por “lesão corporal decorrente de intervenção policial” e “morte decorrente de intervenção policial.”

¹² DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941, Código de Processo Penal, Art. 10, § 3º Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

¹³ COMISSÃO IDH, Relatório de Admissibilidade n. 78/98, Caso 11.566, Cosme Rosa Genovena versus Brasil.

¹⁴ “CEDH. Hugh Jordan v. Reino Unido, Demanda no. 24746/94, Sentença de 4 de maio de 2001, paras. 105-109”, apud COMISSÃO IDH, Relatório de Mérito n. 141/11, Casos 11.566 e 11.694, Cosme Rosa Genovena, Evandro de Oliveira e Outros (Favela Nova Brasília) versus Brasil, par. 146.

¹⁵ COMISSÃO IDH, Relatório de Mérito n. 141/11, Casos 11.566 e 11.694, Cosme Rosa Genovena, Evandro de Oliveira e Outros (Favela Nova Brasília) versus Brasil, par. 190.



¹⁶ O Ministério Público tem tal incumbência por mandamento constitucional, art. 129, inciso XVII: exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior. O Judiciário, por sua vez, tem a incumbência institucional normal de julgar fatos típicos.

¹⁷ Os critérios básicos para análise do uso da força por agentes estatais são os princípios da excepcionalidade, subsidiariedade, necessidade e da proporcionalidade: os princípios da excepcionalidade e da subsidiariedade estão previstos nos “Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei”, nos artigos 4º (“No cumprimento das suas funções, os responsáveis pela aplicação da lei devem, na medida do possível, aplicar meios não-violentos antes de recorrer ao uso da força e armas de fogo. O recurso às mesmas só é aceitável quando os outros meios se revelarem ineficazes ou incapazes de produzirem o resultado pretendido”) e 9º (“Os responsáveis pela aplicação da lei não usarão armas de fogo contra pessoas, exceto em casos de legítima defesa própria ou de outrem contra ameaça iminente de morte ou ferimento grave; para impedir a perpetração de crime particularmente grave que envolva séria ameaça à vida; para efetuar a prisão de alguém que represente tal risco e resista à autoridade; ou para impedir a fuga de tal indivíduo, e isso apenas nos casos em que outros meios menos extremados revelem-se insuficientes para atingir tais objetivos. Em qualquer caso, o uso letal intencional de armas de fogo só poderá ser feito quando estritamente inevitável à proteção da vida”. Já o princípio da necessidade dispõem que “os policiais só podem empregar a força quando tal se apresente estritamente necessário, e na medida exigida para o cumprimento do seu dever” (art. 3º do Código de Conduta para Policiais, da ONU); e o princípio da proporcionalidade que “sempre que o uso legítimo da força e de armas de fogo for inevitável, os responsáveis pela aplicação da lei deverão: (a) Exercer moderação no uso de tais recursos e agir na proporção da gravidade da infração e do objetivo legítimo a ser alcançado” (Art. 5º do Código de Conduta para Policiais, da ONU).

¹⁸ Relatório do Relator Especial de execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias Dr. Philip Alston, Adendo Missão ao Brasil, A/HRC/11/2/Add.2, de 29 de agosto de 2008, disponível em tradução não oficial em <http://www.abant.org.br/conteudo/000NOTICIAS/OutrasNoticias/portugues.PDF>.

¹⁹ Idem.

²⁰ “Corte IDH, Caso Servellón García e outros v. Honduras. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de setembro de 2006. Série C No. 152, para. 123”, apud COMISSÃO IDH, Relatório de Mérito n. 141/11, Casos 11.566 e 11.694, Cosme Rosa Genova, Evandro de Oliveira e Outros (Favela Nova Brasília) versus Brasil, par. 144.

²¹ “Corte IDH, Caso Montero Aranguren e outros (Centro de Detenção de Catia) v. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de julho de 2006. Série C No. 150, para. 80”, apud COMISSÃO IDH, Relatório de Mérito n. 141/11, Casos 11.566 e 11.694, Cosme Rosa Genova, Evandro de Oliveira e Outros (Favela Nova Brasília) versus Brasil.

²² “Ver Corte IDH, Caso Zambrano Vélez e outros v. Equador. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C No. 166, para. 108; CIDH. Relatório No. 11/10, Caso 12.488, Membros da Família Barrios (Venezuela), 16 de março de 2010, para. 96 (como submetido à Corte Interamericana em 26 de julho de 2010); e CIDH. Relatório No. 88/10, Caso 12.661, Néstor José e Luis Uzcátegui e outros (Venezuela), 14 de julho de 2010, para. 164 (como submetido à Corte Interamericana em 22 de outubro de 2010).” apud COMISSÃO IDH, Relatório de Mérito n. 141/11, Casos 11.566 e 11.694, Cosme Rosa Genova, Evandro de Oliveira e Outros (Favela Nova Brasília) versus Brasil.

²³ COMISSÃO IDH, Relatório de Mérito n. 141/11, Casos 11.566 e 11.694, Cosme Rosa Genova, Evandro de Oliveira e Outros (Favela Nova Brasília) versus Brasil, par. 137.

²⁴ “Corte IDH, Caso Fernández-Ortega e outros v. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C No. 215, para. 116.” Apud COMISSÃO IDH, Relatório de Mérito n. 141/11, Casos 11.566 e 11.694, Cosme Rosa Genova, Evandro de Oliveira e Outros (Favela Nova Brasília) versus Brasil.

²⁵ COMISSÃO IDH, Relatório de Mérito n. 141/11, Casos 11.566 e 11.694, Cosme Rosa Genova, Evandro de Oliveira e Outros (Favela Nova Brasília) versus Brasil, par. 171.

²⁶ Tal característica expressa que o “poder das agências do sistema penal não se exerce conforme a legalidade”, e que o direito penal alcança apenas uma pequena parcela da operatividade do sistema penal (E. R. ZAFFARONI. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, 1993, p. 19). Neste sentido, E. R. ZAFFARONI. *En Busca de las Penas Perdidas*, 1998, p. 130, indica que “las agencias no judiciales de los sistemas penales latinoamericanos tienen poderes para imponer penas, violar domicilios y secretos de comunicaciones, requerir documentación identificatoria los habitantes, expedir esa documentación (y marcarla cuando les requiere o negarla), privar de libertad a cualquier persona sin cargo ni sospecha alguna, realizar actos instructorio, ocuparse de todo lo que la burocracia judicial le deja por menor esfuerzo, hacer “redadas”, clausurar locales públicos, censurar espectáculos, fichar a la población, etc. No hay control militarizado más poderoso y formidable que el ejercido por estas agencias, al margen de cualquier control de la agencia judicial e incluso con su beneplácito”.

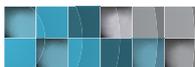


²⁷ Mencione-se novamente a Resolução 8 do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que dispôs “sobre a abolição de designações genéricas, como ‘autos de resistência’, ‘resistência seguida de morte’, em registros policiais, boletins de ocorrência, inquéritos policiais e notícias de crime”, bem como a Portaria Ministerial 4226/2010, que “Estabelece Diretrizes sobre o Uso da Força pelos Agentes de Segurança Pública.”

²⁸ Neste sentido, a COMISSÃO IDH, Relatório sobre Terrorismo e Direitos Humanos, 22 de outubro de 2002, par. 86, observou que “Seja em tempos de paz, situações de emergência que não a guerra, ou conflitos armados, o artigo 4 da Convenção Americana (...) regulamenta o uso da força letal pelos Estados e seus agentes mediante a proibição da privação arbitrária da vida e das execuções sumárias. A Comissão explicitou que as nuances do direito à vida podem mudar no contexto de um conflito armado, mas a proibição da privação arbitrária da vida não pode ser suspensa sob quaisquer circunstâncias, incluindo conflitos armados e estados de emergência legítimos”.

²⁹ Se está aqui na seara da discricionariedade de fato da polícia, que FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, 1997, p. 446, descrevem como aquele “espaço de liberdade que goza a ação concreta da polícia e que ultrapassa largamente as margens dentro das quais a lei permite a intervenção de considerações de oportunidade da polícia”. Vide também pp. 458 e seguintes.

³⁰ Corte IDH, Caso Juan Humberto Sánchez versus Honduras. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C N. 99.



Caso Antônio Ferreira Braga Vs. Brasil, vedação à tortura: Análise com base nas teorias interna e externa dos Direitos Humanos Fundamentais

Case of Antônio Ferreira Braga Vs. Brazil, Prohibition of torture: Analysis based on internal and external theories of Fundamental Human Rights

Mônica de Toledo Thomazella

Defensora Pública do Estado de São Paulo
mthomazella@defensoria.sp.def.br

Resumo

O presente artigo propõe-se à análise do âmbito de proteção da norma que veicula a vedação à tortura, sob a perspectiva das teorias interna e externa dos direitos fundamentais. No desenvolvimento do estudo, partiremos da teoria de Robert Alexy, apresentando a distinção entre regras e princípios, para, em seguida, examinarmos a relação entre o conteúdo dos direitos e suas possíveis restrições, com base nas teorias interna e externa dos direitos fundamentais. O estudo será feito com base no caso “ANTÔNIO FERREIRA BRAGA vs Brasil”, processado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em razão da violação de direitos garantidos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Palavras-chave: Vedação à tortura. Estrutura normativa dos direitos. Teoria interna e externa dos direitos fundamentais.

Abstract

The present article proposes to analyze the scope of protection of the norm that carries the prohibition of torture, from the perspective of the internal and external theories of fundamental rights. In developing the study, we will start from Robert Alexy's theory, presenting the distinction between rules and principles, and then examine the relationship between the content of rights and their possible constraints, based on the internal and external theories of fundamental rights. The study will be made on the basis of the case "ANTÔNIO FERREIRA BRAGA vs Brazil", rendered before the Inter-American Commission on human rights, on grounds of violation of rights guaranteed in the American Declaration of the rights and duties of man and the American Convention on human rights and Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture.

Keywords: *Prohibition of torture. Normative structure of rights. Internal and external theory of fundamental rights.*



1 – Apresentação

Iniciaremos o desenvolvimento do presente artigo com a apresentação do caso ANTÔNIO FERREIRA BRAGA vs. BRASIL, relatando os principais apontamentos feitos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em sua análise.

Posteriormente, serão tecidas considerações sobre a estrutura das normas garantidoras de direitos subjetivos, apresentando a distinção entre regras e princípios e os critérios de superação de conflitos entre eles, de acordo com a teoria de Robert Alexy.

A seguir passaremos à análise da relação entre o conteúdo de um direito subjetivo e suas possíveis restrições. Finalmente, examinaremos o âmbito de proteção da norma que veicula a vedação à tortura, sob a perspectiva das teorias interna e externa dos direitos fundamentais.

2- Esclarecimento preliminar

Inicialmente, cumpre lembrar que o termo *direitos fundamentais* refere-se àqueles direitos positivados na esfera do direito constitucional de um Estado, enquanto a expressão *direitos humanos* remete aos tratados e convenções de direito internacional, que atribuem direitos independentemente da nacionalidade a qualquer ser humano.

A hipótese de trabalho adotada para o desenvolvimento do presente estudo está baseada na tese preconizada por Robert Alexy, segundo a qual as normas enunciadoras de direitos fundamentais podem ser classificadas em regras ou princípios.

É interessante pontuar que a teoria de Alexy foi concebida para tratar especificamente dos direitos fundamentais previstos na Constituição Alemã. A despeito disso, propomos a aplicação dos conceitos teóricos utilizados pelo autor também para tratarmos das normas de direitos humanos, pois, como veremos mais detalhadamente no item 4 deste artigo, a principal diferença entre uma regra e um princípio é a estrutura dos direitos que essas normas garantem, havendo, assim, a possibilidade de transposição da teoria para o âmbito internacional.

3 - Relato do Caso

O Brasil foi acionado em junho de 1998 junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela suposta violação de direitos garantidos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e nas Convenções Americana sobre Direitos Humanos e Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

A denúncia foi encaminhada pela própria vítima, Antônio Ferreira Braga, e por entidades de defesa de direitos humanos.

Segundo restou apurado, Antônio Ferreira Braga foi detido por policiais civis, em via pública, sob a suspeita de furto de um televisor. A prisão deu-se de forma totalmente ilegal, pois inexistia situação de flagrância delitiva ou qualquer ordem de prisão expedida contra ele.



Não bastasse a ilegalidade da prisão, o averiguado foi conduzido à Delegacia de Polícia de Furtos e Roubos do Município de Fortaleza, Ceará, onde foi torturado, a fim de que confessasse a autoria do delito do qual fora acusado.

O ofendido foi encontrado em um pequeno cômodo, de bruços, enrolado em um tapete e com as mãos algemadas. Estava privado de alimentação há mais de 24 (vinte e quatro) horas e apresentava diversas lesões por todo o corpo. Por meio de exames periciais foi constatado que fora submetido a diversos tipos de tortura.

O processo criminal que visava à apuração desses fatos transcorreu com acentuada morosidade e apresentou desfecho totalmente insatisfatório.

A delegada titular e o inspetor da delegacia de polícia responsáveis pelo caso foram absolvidos, ante a suposta ausência de participação na prática delituosa.

Os agentes diretamente envolvidos com a prática de tortura foram condenados à pena de nove meses de detenção, em regime aberto. Pouco tempo depois de fixada a pena definitiva, contudo, foi decretada a extinção da punibilidade dos agentes, em razão da prescrição retroativa da pretensão executória do Estado, com base na pena aplicada em concreto, aliada ao lapso temporal entre a data da denúncia e da sentença, superior a cinco anos.

Diante desse cenário, concluindo pela falta de punição efetiva em relação aos crimes cometidos, reivindicou-se a responsabilidade do Estado em relação ao cometimento de violações à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

4- Processamento do Caso perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Da apresentação do caso, verifica-se a existência de duas questões centrais de mérito: a prisão ilegal e a prática de tortura, que dizem, respectivamente, com o direito à liberdade e à integridade pessoal, previstos nos artigos 7 e 5 da Convenção Americana.

No presente artigo, a análise estará focada na questão do direito à integridade pessoal, o respeito à dignidade da pessoa humana e a vedação da prática de tortura. Entretanto, não podemos olvidar a ideia de indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, segundo a qual somente haverá possibilidade de vida digna se todos os direitos previstos no direito internacional dos direitos humanos forem respeitados, visto que não é possível alcançar a realização de um direito sem a realização simultânea de outros (WEIS, 2011, p. 171).

A partir dessa ótica da indivisibilidade e da interdependência, a Comissão Interamericana aponta que em estabelecimentos de detenção, o Estado assume a reponsabilidade de garantir os direitos daqueles que estiverem sob sua custódia. Ou seja, se um indivíduo sofrer algum agravamento de suas condições físicas, o Estado, na posição de garante, deverá ser cobrado a oferecer “uma explicativa satisfatória”.

Na hipótese da prisão ilegal, a responsabilidade estatal é ainda mais evidente, pois enseja uma situação de agravada vulnerabilidade ao indivíduo, a configurar um sério risco a violação de outros direitos, como a integridade e a dignidade.



Ao adentrar no tema da tortura, a Comissão pontua que a tal prática está estritamente proibida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo que “a proibição absoluta da tortura, tanto física como psicológica, pertence atualmente ao domínio do *jus cogens* internacional.”

Nesse sentido, a Comissão cita o artigo 5 da Convenção Americana e o artigo 2 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura relacionando-os às disposições legais do Estado brasileiro, a fim de concluir que a prática de tortura é vedada no Brasil, quer pelas convenções internacionais das quais o país é parte, quer pela legislação pátria.

Além da tortura propriamente dita, a Comissão identifica a violação dos direitos humanos pelo Estado brasileiro, em razão da impunidade dos agentes que cometeram aqueles atos. O trâmite processual perdurou por mais de cinco anos até a sentença definitiva e, em consequência dessa morosidade excessiva, configurou-se a prescrição da pretensão executória da pena.

Assim, muito embora tenham sido utilizados os recursos internos, estes não se mostraram eficazes para impor a responsabilização devida aos acusados, contrariando o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Interamericana contra a Tortura.

Nesse sentido, destacou-se que a jurisprudência da Corte tem o entendimento de que não basta a mera existência formal de recursos internos, é necessário que eles tenham efetividade, de forma a apresentarem respostas efetivas para coibir as violações de direitos.

Outrossim, particularmente quanto à prescrição, a Comissão ponderou, na esteira de precedentes da Corte Interamericana, como inadmissíveis as disposições que visem a obstar à investigação e à punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos.

Em razão dos fatos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recomendou ao Estado brasileiro uma série de medidas necessárias à investigação e à punição efetiva de violadores de direitos humanos. Ademais, além de medidas preventivas gerais, foram dispostas medidas reparatórias para o caso Antônio Ferreira Braga.

5 – Teoria dos direitos fundamentais

Segundo a teoria dos direitos fundamentais proposta por Alexy, a principal característica distintiva entre princípios e regras é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. Enquanto as regras enunciam direitos ou impõem deveres definitivos, os princípios veiculam direitos ou impõem deveres *prima facie* (Silva, 2010, p. 45).

Assim, a distinção entre regras e princípios é qualitativa e não uma distinção de grau de importância, abstração ou generalidade, conforme veremos mais detalhadamente a seguir.

a. Princípios jurídicos

Os princípios, denominados por Alexy como *mandamentos de otimização*, são normas jurídicas que deverão ser efetivadas *na maior medida possível*, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes (Alexy, 2008, p. 90).



No âmbito dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido *prima facie* e aquilo que é garantido em definitivo, admitindo-se, portanto, alguma limitação de eficácia no caso concreto, em razão das circunstâncias de fato e de direito. Ou seja, aceita-se a aplicação gradual da norma.

Entretanto, ainda que admitam limitação em alguma medida, os princípios, como qualquer outra norma jurídica, são enunciados dotados de eficácia imediata. A peculiaridade é que admitem limitação na aplicação, desde que de maneira fundamentada (SILVA, 2010, pp. 44/45).

Diante de uma eventual colisão de princípios, a solução do conflito é obtida através da aplicação da regra da *proporcionalidade*, com suas três máximas parciais: i) *adequação*; ii) *necessidade* – escolha do meio menos gravoso e iii) *proporcionalidade em sentido estrito* – *sopesamento* propriamente dito (SILVA, 2010, pp. 167-182).

A partir da aplicação desse mecanismo de solução de conflito, em cada caso, será estabelecido qual princípio deverá preponderar, levando em conta as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes.

De acordo com esse entendimento, os princípios jamais assumiriam o caráter comumente atribuído de normas “basilares do sistema” ou programáticas.

b. Regras jurídicas

As regras jurídicas, por outro lado, veiculam direitos ou impõem deveres definitivos. Desta forma, se uma regra for aplicável a dado caso concreto, o direito deverá ser aplicado integralmente. Segundo Alexy, “Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, 2008, p. 91).

Assim, diferentemente do que ocorre com os princípios, no caso das regras, a aplicação independe de condições fáticas ou jurídicas do caso concreto. A forma de aplicação de uma regra é a subsunção, ou seja, realiza-se o simples enquadramento de uma conduta fática a uma dada norma jurídica.

Não se admite, portanto, aplicação gradual. Se uma regra é válida, deverá ser aplicada exatamente como ela exige, de modo que ou haverá, desde logo, um direito subjetivo na hipótese ou não haverá tal direito.

Desse modo, diante de um eventual conflito normativo, havendo duas regras distintas igualmente aplicáveis à determinada situação fática, com consequências jurídicas opostas, uma das regras deverá ser declarada inválida (SILVA, 2010, pp. 47/48).

6. Restrição e abrangência dos direitos

a. Teoria Interna

Sob a ótica da teoria interna, o direito e seus limites são algo único, ou seja, há um único objeto resultante do direito e de seus limites iminentes. Assim sendo, não se admite que



eventuais aspectos externos exerçam qualquer tipo de influência na delimitação desses direitos (SILVA, 2010, p. 128.)

Dessa forma, como a definição do conteúdo e da extensão de cada direito independe de fatores externos, com base na teoria interna, direitos definitivos terão a estrutura de regras jurídicas, aplicáveis por meio da subsunção de uma conduta fática a uma dada norma jurídica (SILVA, 2010, p. 128).

A restrição dos direitos fundamentais a partir da teoria interna é justificada pela ideia de *limites imanes* previamente existentes implícita ou explicitamente no texto normativo. Segundo esse entendimento, os direitos fundamentais não são absolutos, pois encontram limites na própria Constituição.

Assim, se determinada situação não está contemplada pela proteção normativa, é porque não há ali um direito subjetivo correspondente a ela.

Sob essa perspectiva, portanto, pode-se dizer que a *proibição da tortura* é um limite estabelecido pelo texto normativo à *busca da verdade real* no processo penal. Ou seja, o regramento que estabelece o dever de investigar a verdade real não contempla a prática da tortura.

b. Teoria Externa

Por outro lado, a partir da teoria externa, não é possível determinar, aprioristicamente, em abstrato, quais os direitos que o indivíduo possuirá em definitivo e em que medida. A possibilidade do reconhecimento de direitos subjetivos no caso concreto, bem como a determinação de seu conteúdo, surgirá a partir do *sopesamento* realizado entre os princípios colidentes envolvidos, na dimensão do conflito entre eles existente (SILVA, 2010, p. 138).

É válido lembrar que em todos os modelos baseados no *sopesamento*, aquilo que é definido *prima facie* é mais amplo do que aquilo que será definitivamente concebido, após o processo de ponderação (ALEXY, 2008, p. 514)

A partir de uma perspectiva relativa, a garantia do conteúdo essencial de um direito decorre do respeito à regra da proporcionalidade. Partindo-se dessa concepção, “a proteção dos direitos não ostenta uma substancialidade própria, delimitável, independentemente da colisão de interesses verificada no caso concreto” (QUEIROZ, 2005, p.180).

Assim, com base na teoria externa, o *conteúdo do direito* é definido a partir de fora, ou seja, das condições fáticas e jurídicas existentes, *diante de cada caso concreto*.

No caso da vedação à tortura, temos como normas principiológicas contrapostas a *busca da verdade real* e a *dignidade da pessoa humana*.

O princípio da dignidade está intimamente ligado à realização de outros direitos fundamentais, como o direito a vida, liberdade, integridade física, psíquica e moral, dentre outros. Nesse sentido, além de uma dimensão negativa, o princípio da dignidade humana contém um teor essencialmente positivo, que se relaciona a uma seleção de direitos mínimos a que todo o homem tem direito.

O conceito de mínimo existencial pode ser definido como “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas” (TORRES. 2003, p. 266).



Consciente dessa especificidade, Alexy propõe uma estrutura diferenciada para a garantia da dignidade, que se relaciona à defesa do mínimo existencial, ou seja, do conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito, de *maneira definitiva* (ALEXY, 2008, p. 517). Assim, segundo o autor, a dignidade seria, ao mesmo tempo, uma regra e um princípio, existindo um conteúdo essencial absoluto correspondente à “parte regra” da norma garantidora da dignidade, além de um conteúdo relativo ligado à “parte princípio” dessa norma, com a mesma estrutura de todo e qualquer princípio, sendo passível de restrições fundamentadas, dependendo do caso (SILVA, 2010, p. 201).

Para Virgílio Afonso Silva, por outro lado, a dignidade deve ser concebida da mesma forma que qualquer outro princípio, ou seja, com um conteúdo essencial relativo, salvo quando a própria Constituição a estabelecer de maneira definitiva. O exemplo mais evidente disso, segundo o autor, é justamente a norma que proíbe tortura e tratamento degradante na Constituição Federal brasileira (art. 5º, III, CF), como regra definidora de conduta absolutamente vedada, imune a relativizações (SILVA, 2010, p. 202).

Assim, mesmo para os doutrinadores adeptos da teoria externa dos direitos fundamentais, que admitem, em tese, a possibilidade de restrições fundamentadas a direitos fundamentais, a proibição de tortura é norma que veicula uma proibição absoluta.

7. Considerações Finais

Por todo o exposto, verifica-se que a *vedação à prática de tortura*, da forma como prevista no ordenamento jurídico nacional e internacional, é norma que veicula um dever definitivo ao Estado, com estrutura de regra jurídica.

Dessa forma, o dever de observar tal regramento não admite relativização, apresentando-se como uma vedação intransponível, que não pode ser contraposta ao princípio da busca da verdade real ou a qualquer outro princípio jurídico.

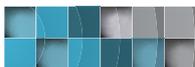
Enquanto regra jurídica, a aplicação da norma independe das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, criando, desde logo, um dever definitivo que vincula o Estado e confere uma proteção absoluta ao princípio da dignidade da pessoa humana, independentemente da teoria que se adote, seja sob o enfoque interno ou externo dos direitos humanos.

Assim, podemos concluir que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por meio das considerações e recomendações emitidas ao Estado brasileiro, posicionou-se de maneira acertada no caso ANTONIO FERREIRA BRAGA, reprovando a prática de tortura como violação ao direito à dignidade humana em seu aspecto absolutamente intangível.

9. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. “Teoria dos direitos fundamentais”. (tradução de Virgílio Afonso da Silva) São Paulo: Malheiros, 2008.

PIOVESAN, Flávia. “Direitos Humanos e Justiça Internacional”. São Paulo: Saraiva, 2015.
_____. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2015.



QUEIROZ, Cristina. “Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade”, in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005: 165-216.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia”, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. “O proporcional e o razoável” *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.

_____. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630.

TORRES, Ricardo Lobo. “Fundamentação, conteúdo e contexto dos direitos sociais: a metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial”, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

WEIS, Carlos. “Direitos Humanos Contemporâneos” São Paulo: Malheiros, 2011.



A justiça reparatória em *Moiwana Vs. Suriname*: rumo ao dano ao projeto do pós-vida?

***The reparatory justice in *Moiwana Vs. Suriname*:
towards a concept of damage of post-life project***

Isabel Penido de Campos Machado
Defensora Pública Federal – DPU/SP
isabel.machado@dpu.def.br

Resumo

O presente artigo estabelece uma comparação entre o regime de reparações por violações de direitos humanos no Sistema Interamericano e no Sistema Europeu, a partir do estudo do caso *Moiwana vs. Suriname*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2005. A partir do resgate histórico dos fatos relacionados ao referido precedente, é possível contextualizar como os casos que envolvem conflitos sobre povos tradicionais no território de um Estado colocam novos desafios à reparações pleiteados, em razão da cosmovisão e do impacto das violações sobre o referido povo.

Palavras-chave: Povos tradicionais. Reparações. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Abstract

The essay establishes a comparison between the reparations system for human rights violations in the Inter-American System and in the European System, based on the *Case Moiwana v. Suriname*, decided by the Inter-American Court of Human Rights in 2005. From the historical recovery of the facts related to the mentioned precedent, it is possible to contextualize how a case that involve conflicts over traditional people in the territory of a State poses new challenges to the reparations pleaded, due to the particular worldview and the impact of the violations on the mentioned minority group.

Key-word: traditional people. Reparations. Inter-American Human Rights System



1. Introdução

O processo internacional de proteção aos direitos humanos impõe obrigações objetivas aos estados em relação à pessoa humana e aos povos.¹ Isso significa que os Estados não devem apenas se abster da prática de atos violatórios, como também devem proteger, garantir e adotar medidas reparatórias para a salvaguarda dos direitos consagrados pelo Direito Internacional. Dentre os vários caminhos existentes para a efetivação da missão protetiva, os sistemas internacionais de proteção regionais deram uma ênfase considerável ao modelo de responsabilização internacional dos Estados pelas violações apuradas pelas respectivas Cortes Internacionais de Direitos Humanos.²

O Direito Internacional Público tem reconhecido uma intrínseca relação entre a ideia de responsabilização internacional do Estado e a imposição de reparações para as vítimas das violações a obrigações internacionais detectadas.³ No Direito Internacional dos Direitos Humanos, a forma tradicional de reparação pecuniária tem demonstrado a sua insuficiência, o que fez com que as reparações não pecuniárias ganhassem cada vez mais espaço, especialmente no sistema interamericano. Na tríade de casos do final da década de noventa⁴, a Corte Interamericana declarou que a prática de tortura e desaparecimentos forçados relacionada com aquelas situações concretas representava mais do que dano moral ou material, constituindo um verdadeiro “dano ao projeto de vida” das vítimas. Então, os referidos pronunciamentos jurisdicionais alavancaram uma nova categoria de dano, cujo impacto ainda permanece sem clara delimitação ou posterior evolução (NUNES, 2007, p. 167). Ainda assim, a força simbólica da declaração pontua que a missão de um tribunal de direitos humanos ultrapassa a mera quantificação de danos, sendo essencial que os danos sejam reparados de forma integral, em suas múltiplas dimensões. (VAN BOVEN, 2003, p. 668)

Nesse compasso, o presente artigo parte da provocação do juiz Cançado Trindade, trazida em voto concorrente de um caso superveniente, que faz alusão à referida categoria de “dano ao projeto de vida”. Em *Moiwana vs. Suriname* (2005), a Corte Interamericana apurou a responsabilidade internacional do Estado em razão das violações à Convenção Americana sobre Direitos Humanos oriundas das consequências de um massacre em uma aldeia habitada por membros do povo tradicional quilombola Maroon N’djuka, que habitavam o Estado. Nesta ocasião, o órgão jurisdicional incorporou aspectos da própria cosmovisão de justiça da comunidade quilombola para a formatação das reparações aplicadas. É importante enfatizar que não houve declaração da ocorrência de “dano ao projeto de vida”, diante da ausência de pedido expresso por parte dos representantes das vítimas. Contudo, Cançado Trindade (CORTE IDH, 2005, § 68-69), em reflexão *obiter dictum* no seu voto concorrente, questiona se o conjunto de reparações oferecidas pela Corte não simbolizariam uma verdadeira tendência de reconhecimento ao dano ao “projeto *pós-vida*” dos membros não sobreviventes, tendo em vista que as vítimas não justificavam a demanda em um interesse de compensação individual, mas pela busca de realização da justiça para alcançar o sossego e garantir o respeito à memória dos antepassados. Assim, a cosmovisão e a especial noção de justiça da comunidade exigia o reestabelecimento da convivência harmônica entre os membros vivos e seus antepassados nas terras ocupadas, impondo que os primeiros adotassem todas as medidas para garantir o respeito à memória e a realização da justiça das vítimas fatais do massacre (CORTE IDH, 2005, §58).



Ainda que, do ponto de vista técnico, a questão declaratória de “dano ao projeto *pós-vida*” não tenha sido apreciada diretamente pelo órgão jurisdicional, o julgado simboliza a trilha de reparação integral que tem sido construída pela Corte. Para ressaltar os aspectos inovadores, o presente artigo contrastará as reparações fixadas com as tendências reparatórias ainda tímidas e insuficientes que tem sido estabelecidas pelo modelo europeu.

Para tanto, o texto inicialmente efetua a narrativa do caso de forma descritiva, ressaltando os detalhes relevantes para que seja viabilizada uma discussão sobre os elementos mais intrigantes nas reparações fixadas. Em seguida, será traçado o panorama dos modelos de reparação adotados pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o que foi adotado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Então, buscar-se-á entender se o caso *Moiwana* pode ser considerado um paradigma relevante na linha jurisprudencial interamericana em matéria de reparações.

2. O impactante Caso *Moiwana*: O fantasma dos vivos e a vida dos mortos

A jurisprudência da Corte Interamericana é marcada, desde o seu início, pelos casos de desaparecimentos forçados, execuções extrajudiciais, massacres e tortura. São, de certa forma, variações do mesmo tema ao longo do território e das experiências na Latino-América e Caribe. Os Estados latino-americanos, que passavam por períodos de ditaduras civil-militar, agiam de forma violenta para a repressão de grupos que representavam oposição política ou minorias étnicas (VAN BOVEN, 2003, p. 659).

A partir do ano 2000, a jurisdição da Corte passou a dar uma maior visibilidade para casos que envolviam aspectos de identitários e territoriais⁵, tais como os das comunidades indígenas, quilombolas e multiétnicas (PIOVESAN, 2011, p. 337). O caso *Moiwana*, julgado em 2005, se refere a essa tendência, muito marcante na jurisprudência a partir da virada do milênio. O pano de fundo é um massacre, ocorrido em 1986, na aldeia *Moiwana* do “povo tribal”⁶ N’djuka, que integra a coletividade dos povos maroons orientais no Suriname. Segundo o relevante resgate histórico e antropológico que consta na seção da sentença sobre os fatos provados (Corte IDH, 2005, p. 30-44 §86), os maroons descendem de antigos africanos levados ao território do Suriname para trabalhar como escravos nas plantações dos colonizadores holandeses, durante o período colonial. No sec. XVIII, os maroons fugiram pelos bosques chuvosos rumo à porção oriental do território, lá se estabelecendo de forma autônoma, organizados em clãs autosubsistentes. Um ponto central é que a resistência política dos maroons e a especial relação com a terra ocupada foi tão marcante que, cem anos antes da independência do Suriname, os povos haviam negociado a própria liberação da escravidão com as autoridades coloniais por meio de tratado, fundando comunidades autônomas, também reconhecidas pelas comunidades indígenas vizinhas que ali se encontravam (Corte IDH, voto concorrente de CANÇADO TRINDADE, 2005, §6). Neste contexto, os maroons N’djuka são considerados povos tradicionais tribais posto que, ao longo dos últimos séculos, mantiveram um especial vínculo identitário caracterizado por um idioma, cosmovisão, história, tradição culturais e religiosas próprias (Corte IDH, 2005, p. 86.4-7).



A aldeia Moiwana foi fundada pelos N'djuka no século XIX e, na época dos fatos, contava com 10 acampamentos distribuídos em 14 m² na porção leste do território do Suriname. Entre 1980 e 1987, o Estado foi governado por um período de ditadura militar, sob o comando de Desi Boterse, que após um curtíssimo período democrático, retomou o poder entre 1990-1991 (Corte IDH, 2005, §86.11). Durante o período ditatorial, precisamente em novembro de 1986, as forças militares do Suriname invadiram a aldeia Moiwana implantando um clima de terror, com a destruição de casas, massacre de 39 membros da comunidade (sendo a maioria crianças e mulheres, incluindo grávidas). Os sobreviventes do massacre fugiram através de um bosque, sendo que vários deles, com fundado temor de perseguição, se refugiaram na Guiana Francesa (país vizinho) ou se deslocaram internamente (Corte IDH, 2005, §86.15-24). O Estado do Suriname não reconheceu formalmente a existência ou a motivação do ataque (especula-se que o motivo seria a perseguição política a um líder opositor maroon) e na época do ocorrido houve o desaparecimento dos restos mortais dos que vieram a óbito no massacre. Por isso, os sobreviventes não puderam realizar os rituais fúnebres culturais, inerentes ao exercício da identidade cultural e religiosa, sendo que as terras tradicionalmente ocupadas pela comunidade Moiwana ficaram abandonadas. O retorno dos membros era impedido pelo temor de perseguição política e repetição do massacre (por parte dos militares) e, além disso, por óbices culturais e religiosos. Pela tradição dos N' djuka, a ausência de reconhecimento do ocorrido e de efetiva realização da justiça com a responsabilização das pessoas que promoveram o massacre tornava inviável o retorno, gerando muito sofrimento físico (doenças) e psíquico aos familiares e sobreviventes. Isso porque a terra estabelecia uma especial ligação entre as pessoas vivas e os seus antepassados. A busca por justiça, segundo as vítimas, era mais do que a busca por uma compensação, “mas um verdadeiro dever moral e espiritual, sem o qual a sobrevivência das pessoas e da identidade cultural coletiva se tornava inviável” (Corte IDH, 2005, §79).⁷

Justamente para cumprir a responsabilidade cultural imposta, os sobreviventes fundaram a associação Moiwana 86', para a concretização do dever de buscar justiça em nome dos antepassados. O maior foco era a localização dos restos mortais, realização dos rituais fúnebres e busca pela responsabilização dos militares responsáveis pelo massacre, para que então se pudesse garantir o retorno a terra e o resgate da identidade cultural. (Corte IDH, 2005, p. §86.34-38)

Em 1989, um policial civil (Inspetor Gooding) passou a investigar o caso. Das diligências realizadas ao longo dos anos, foram identificados dois militares, que assumiram a participação no ocorrido e foram presos provisoriamente. A equipe da polícia civil passou a sofrer inúmeras ameaças. Quando os investigados estavam custodiados, o local da detenção foi invadido por militares, que promoveram a imediata liberação dos mesmos, sendo que o ditador Boterse foi à mídia informar que a polícia civil não tinha competência para investigar operações militares. Logo, após um encontro com um Comandante Adjunto de Polícia Militar, em 1990, o inspetor Gooding foi assassinado por agentes não identificados, sendo que o motivo do crime é atribuído à sua atividade investigativa no caso. (Corte IDH, 2005, p. §86.25-33)

Em 1993, por meio de diligências dos membros da associação Moiwana 86', foram localizados os restos mortais de aproximadamente cinco pessoas nas proximidades do local do



massacre. Após formalização de pedido de diligências ao Estado do Suriname, não houve sequer a identificação. (Corte IDH, 2005, p. §86.34)

Por isso, o Estado foi demandado, perante o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos em razão do descumprimento do direito a garantias e proteção judicial das vítimas e do dever de investigar, punir e sancionar os culpados pelos fatos (art. 8, 25 e 1.1 da CADH). Além disso, após analisar os pedidos complementares apresentados pelos representantes das vítimas, a Corte considerou violações ao direito à integridade pessoal (art. 5.1 e 1.1); direito de circulação e residência (art. 22 e 1.1) e direito à propriedade (art. 21 e 1.1), todos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (Corte IDH, 2005)

É importante destacar que, como na época dos fatos (1986) o Estado do Suriname não tinha ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e não tinha reconhecido a competência contenciosa da Corte Interamericana, o objeto do pedido não se dirigia à apuração da responsabilidade internacional em razão do massacre em si (ocorrido em 1986), mas em relação aos direitos e obrigações convencionais descumpridos em relação às vítimas (familiares e sobreviventes) após a adesão à CADH e aceitação da jurisdição da Corte, o que se deu em 1987. Ainda, assim, seguindo a jurisprudência constante já assentada na época do julgamento (2005), a Corte entendeu que a ausência de investigação e remédio efetivo em relação ao massacre era uma violação autônoma continuada que se protraía no tempo, o que permitia o exercício da competência *rationae temporis*. (Corte IDH, 2005, p. §70-74)

Em razão do estabelecimento da responsabilidade internacional do Estado, por força de uma interpretação ampliativa do artigo 63(1) da CADH, a Corte Interamericana determinou que o Estado adotasse um número significativo de medidas reparatórias, de natureza restitutiva, indenizatória, satisfatória e para reabilitação das vítimas (ritual fúnebre para viabilizar o retorno a terra). Dentre elas, foi determinado que: o Estado pagasse indenizações pecuniárias pelos danos morais e materiais sofridos, bem como ressarcimento dos gastos e custas processuais. Como reparações não pecuniárias, foi determinado que o Estado cumprisse o seu dever de investigar os fatos denunciados, identificando, julgando e punindo os responsáveis; recuperação dos restos mortais das pessoas que faleceram no massacre e entrega aos membros da Comunidade Moiwana; adoção de medidas legislativas e administrativas para assegurar o direito de propriedade sobre os territórios coletivos em que a comunidade fora expulsa, sendo exigido que o Estado delimitasse e demarcasse a terra, observando-se as normas consuetudinárias e garantindo a manifestação das comunidades vizinhas e dos membros da antiga aldeia Moiwana; adoção de medidas concretas para assegurar a segurança dos membros da comunidade para possibilitar o retorno à aldeia e implementação de um fundo de desenvolvimento comunitário para garantir a sustentabilidade do regresso. Como medidas simbólicas, a Corte entendeu que a própria sentença constituía uma forma de reparação. Além disso, foi determinada a realização de ato público de desculpas aos membros da Comunidade, sendo viabilizado também que os sobreviventes fizessem cerimônia cultural religiosa fúnebre, em memória dos mortos e antepassados, bem como construção de monumento público em homenagem às vítimas. (Corte IDH, 2005, p. §233)



3. O modelo de reparações no Sistema Interamericano: uma contextualização

Para que o significado do caso *Moiwana* (2005) seja entendido, há necessidade de contextualizá-lo dentro da evolução jurisprudencial da Corte Interamericana. A partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é possível analisar a temática da reparação através de três perspectivas que se complementam: trata-se de obrigação primária imposta ao Estado (dever de adotar medidas); é direito subjetivo da vítima e, ainda, é consequência da declaração de responsabilidade internacional. Assim, as obrigações primárias impostas aos Estados determinam que este deva respeitar, garantir e proteger os direitos consagrados (CADH, art. 1.1); bem como adotar todas as medidas legislativas, administrativas e judiciais “para tornar efetivos tais direitos e liberdades” (CADH, art. 1.2). Além disso, a Convenção reconhece que a vítima de uma violação às obrigações primárias possui o direito de buscar proteção judicial e uma reparação justa perante um tribunal competente e observadas as garantias do devido processo (CADH, arts. 8 e 25). Por fim, esgotados os recursos internos, caso reconhecida a responsabilidade internacional do Estado e se a violação às normas convencionais persistir, o art. 63 (1) da CADH determina a fixação, pela Corte Interamericana, de medidas reparatórias, que podem ser pecuniárias ou não pecuniárias.⁸

Historicamente, o art. 63 (1) da CADH representa a codificação regional de costume internacional já consolidado. Conforme explica NUNES (2007, p. 161), no caso *Chorzów Factory* (1928), a Corte Permanente de Justiça Internacional reconheceu que “é um princípio de Direito Internacional que a violação a uma obrigação envolve a obrigação de fazer uma reparação de forma adequada” (CPJI, 1928). Naquela ocasião, o tribunal ainda destacou que “(...)a reparação, portanto, é um complemento indispensável da falha da aplicação de um tratado, sendo desnecessária previsão expressa neste sentido” (CPJI, 1928). No caso de graves violações a direitos humanos, a relação entre responsabilidade e reparação é ainda mais intensa, sendo que a última, para estudiosos sobre o tema constitui um verdadeiro “pressuposto para a justiça” (VAN BOVEN, 2003). Neste contexto, o referido jurista foi apontado como relator especial da Subcomissão para a Prevenção de Discriminação e Proteção das Minorias da ONU para sistematizar princípios e diretrizes sobre o direito à proteção judicial e reparação para as vítimas de violações graves de Direitos Humanos e Direito Humanitário, que foram adotados por consenso pela Assembleia Geral da ONU em 2005⁹. Tal conjunto de princípios e diretrizes categoriza quatro espécies do gênero reparação, a saber: restituição, indenização compensatória, satisfação e reabilitação. (VAN BOVEN, 2010) Tais categorias se coadunam com a proposta de reparação integral, sendo que a jurisprudência da Corte Interamericana claramente influenciou tal consolidação.¹⁰

Em uma análise comparativa, VAN BOVEN (2003, p. 658 *et seq*) ressalta que a redação do art. 63(1) da CADH conferiu uma maior amplitude para a competência da Corte Interamericana do que aquela estabelecida para a Corte Europeia. Nos casos primeiros casos hondurenhos¹¹, admitia-se a fixação de reparações pecuniárias (indenizações compensatórias). Em relação às medidas satisfatórias, a Corte enfatizava o dever primário de adotar medidas para garantir a observância das obrigações convencionais, mas no momento da reparação, a interpretação era de que não seria cabível a fixação de reparações não pecuniárias (obrigações



de fazer). A partir de *Aloebotoe vs. Suriname* (Corte IDH, 1991), que também se refere a massacre de maroons da comunidade afrodescendente *Saramaka*, houve uma ampliação das medidas de reparação, sendo determinada a adoção de medidas simbólicas. Posteriormente, a necessidade de expansão das reparações não pecuniárias passou a integrar um intenso debate no final da década de noventa, o que pode ser observado em inúmeros votos dissidentes e concorrentes do então juiz Cançado Trindade (2007, p. 72-147). Com os casos peruanos e a partir do paradigmático *Loaysa Tamayo* (CORTE IDH, 1997), houve uma expansão das reparações não pecuniárias fixadas, sendo declarado, como já ressaltado acima, a ocorrência de “dano ao projeto de vida”, além da imposição de inúmeras obrigações de fazer ao Estado peruano. Outro passo importante foi dado no caso da *Ultima Tentação de Cristo* (CORTE IDH, 1999), quando a Corte determinou que o Chile adotasse medidas legislativas para promover a reforma e supressão de norma constitucional que admitia a censura prévia, em ofensa ao direito à liberdade de expressão.

Assim, a Corte Interamericana passou a adotar uma interpretação ampliativa do art. 63 (1) da CADH, reconhecendo que as reparações devem ser fixadas pela Corte nos casos de responsabilidade internacional, sem que se conferisse discricionariedade aos estados para a escolha das medidas a serem adotadas (o que ocorre, por exemplo, no sistema europeu). Ao longo de sua evolução jurisprudencial, a Corte passou a adotar como reparações a imposição de inúmeras obrigações de fazer aos Estados, dando destaque às medidas reparatórias satisfativas e de reabilitação, além da restituição e indenização compensatória.

A dificuldade de cumprimento de tais obrigações e a falta de crédito inicial conferido ao órgão fizeram com que a inefetividade das sentenças sempre fosse um fantasma que paira sobre o sistema interamericano. A estrutura precária, as sessões sazonais (o tribunal ainda não é permanente), a ausência de poderes coercitivos e força política, bem como a fragilidade do mecanismo de cumprimento e supervisão das sentenças são fatores apontados como causas para o baixo índice de *compliance* (RAMOS, 2015, p. 255). Por outro lado, as reparações fixadas pela Corte demonstram a vanguarda do posicionamento do órgão, que incorpora o respeito à identidade cultural da vítima para a mensuração das violações e das reparações possíveis, conforme se verificou em *Moiwana*.

4. O contraponto com o modelo europeu de “satisfação equitativa”

Para entender o modelo reparatório trazido pelo sistema interamericano, é importante contrastá-lo com o modelo europeu. O sistema europeu de proteção dos direitos humanos¹², que orbita ao redor do Conselho da Europa, foi precursor ao criar um mecanismo regional e um tribunal para aferição de violações estatais aos direitos consagrados na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e Garantias Fundamentais (1951)¹³ (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 119). Por outro lado, o mecanismo criado não representou uma abertura total para a supervisão da conduta dos Estados parte. Apesar do intuito de afirmação de valores e da salvaguarda por meio de um órgão jurisdicional, a Convenção Europeia adotou expressa ou implicitamente algumas “travas de segurança”¹⁴ (RAMOS, 2015, p.185) que limitavam o poder do exercício da jurisdição, dentre as quais se inclui a restrita possibilidade de fixação de reparações pelo



tribunal em comento, a partir da teoria da “satisfação equitativa”. Tal sistema parte da redação do art. 41 da CEDH¹⁵, dispositivo que fundamenta o dever de reparar. A respeito:

(...) no sistema da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Estado é livre para escolher os meios para reparar a violação declarada pela Corte EDH, sendo possível a fixação de uma satisfação equitativa pecuniária pela Corte Europeia, quando o direito interno não possibilita o retorno ao status quo ante de maneira integral. Assim, admite-se que uma decisão internacional, no caso da Corte Europeia de Direitos Humanos, não possa ser cumprida em sua integralidade pelo Estado e isso não acarretará nova responsabilização internacional, mas apenas a outorga de uma indenização pecuniária à vítima (RAMOS, 2015, p. 254).

Até o final dos anos oitenta, predominava uma interpretação restrita sobre a natureza das sentenças da Corte Europeia e o significado do dever de “satisfação equitativa” (MOWBRAY, 2008, p. 887). O referido órgão jurisdicional entendia que a sentença era eminentemente declaratória, sendo que o Estado deveria fornecer uma reparação equitativa diante da violação detectada (RAMOS, 2015, p. 186). Apenas se o Estado não pudesse ou não reparasse, então seria possível a condenação em obrigação de pagar quantia em dinheiro (indenização pecuniária). Tal entendimento ensejava inúmeras críticas, diante da opacidade e incapacidade de ofertar uma reparação integral ao fenômeno violatório enfrentado. (MOWBRAY, 2008, p.885)

A partir dos meados dos anos noventa, a Corte Europeia passou a estender as reparações fixadas nos casos de graves violações a direitos humanos. Como exemplo, BOVEN (2003, p. 359) menciona o caso *Aksoy vs. Turquia* (1996), no qual o tribunal entendeu pela necessidade de uma investigação efetiva sobre os responsáveis pela prática de tortura contra a vítima. A respeito, RAMOS (2015, p. 188) lembra que, após a entrada dos Estados do leste europeu no Conselho da Europa e com o interesse em utilização do mecanismo como forma de imposição dos valores liberais e democráticos, o Comitê de Ministros e a própria Corte passou a reinterpretar a Convenção Europeia. Nesse sentido, a doutrina da satisfação equitativa foi restringida, sendo que a Corte passou a impor também, no âmbito das reparações, algumas obrigações de fazer, tais como observados nos casos *Gorgulu e Sejdovic*¹⁶.

Na atualidade, a Corte Europeia ainda tende a focar o exercício de sua jurisdição na atribuição de responsabilidade internacional ao Estado, em razão de violações à Convenção Europeia e outros instrumentos daquele sistema regional. Prevalece a interpretação de que a própria sentença já é uma forma de reparação, sendo que, em regra, os Estados ainda tem discricionariedade sobre as medidas a serem adotadas internamente para reparar o dano. Ainda que a noção de “justa satisfação” tenha se ampliado para medidas não pecuniárias, essa possibilidade é implementada de forma tímida. Assim, o exercício da jurisdição contenciosa da Corte Europeia segue um propósito declaratório mais voltado à “exposição da vergonha” do que para a adoção de reparações integrais às vítimas. Vale destacar, ainda, que apesar do alcance restrito da satisfação equitativa, quando as reparações são fixadas, o sistema tem mecanismos claros para exigir o cumprimento por meio do Conselho de Ministros, o que aumenta o grau de cumprimento das sentenças pelos Estados (RAMOS, 2015). Já no sistema interamericano, tem prevalecido a adoção de um mecanismo de *follow up* para a supervisão de cumprimento das sentenças, no qual é exigida a apresentação, pelo Estado, de relatórios periódicos contendo as



informações sobre as medidas adotadas (CANÇADO TRINDADE, 2007, xxiii). O caso é arquivado quando a Corte Interamericana entende pelo integral cumprimento, o que não ocorre com muita frequência.¹⁷

5. Entre mundos: o significado de *Moiwana* na jurisprudência da Corte Interamericana

Diante do contraste entre os modelos europeus e interamericano, percebe-se que o caso *Moiwana* é paradigmático por inúmeros aspectos, especialmente por representar uma expansão da noção de reparação integral, em detrimento do modelo adotado no marco do Conselho da Europa.

Do ponto de vista histórico, alguns autores mencionam que o modelo da Convenção Americana não foi construído para ser vanguardista, em abandono da “trava de segurança da doutrina da satisfação equitativa”, tal como adotada pelo sistema europeu. Segundo RAMOS:

(...) a diferença não significa que o sistema interamericano foi concebido para ser diferente e superior ao modelo europeu. Na realidade, a ausência de satisfação equitativa foi mais um exemplo de que os planos das ditaduras que vicejavam na OEA não levavam em consideração o efetivo funcionamento da Corte IDH. Por isso, nenhuma importância foi dada ao art. 68.1 que pregava o dever dos estados em cumprir as sentenças da Corte. Para o ambiente da OEA no final dos anos 60 do século passado, pensar em uma Corte em plena ação, determinando sentenças vinculantes de conteúdo amplíssimo (abarcando medidas específicas ou até estruturais – políticas públicas) e que pudessem se chocar com acórdãos de Supremas Cortes locais era algo tão distante quanto à restauração da democracia na era dos generais e dos anos de chumbo” (RAMOS, 2015, p. 255).

Apesar da ausência de aspiração em ser vanguardista em relação ao modelo reparatório adotado na CADH, verifica-se que o “acidente de percurso” redacional do art. 63 (1) da CADH permitiu a adoção de um paradigma da reparação integral, em detrimento da satisfação equitativa europeia. O amplo espectro das reparações adotadas em *Moiwana vs. Suriname* (Corte IDH, 2005) rompe as fronteiras do racionalismo liberal, que nega ao direito, desde o século XVIII, a incorporação da dimensão metafísica da existência. Neste espectro, o caso passa a ser representativo de uma influência do multiculturalismo¹⁸ no âmbito dos direitos humanos. A complexidade da narrativa mistura várias dimensões e perspectivas das violações de direitos humanos. Para a Comissão Interamericana, do ponto de vista técnico, a responsabilidade internacional seria alcançada pela subsunção da norma aos fatos, ou seja, a Corte não tinha competência para a ofensa ao direito à vida (massacre era anterior à aceitação da competência contenciosa), integridade pessoal dos sobreviventes, do direito à propriedade ou à livre circulação e residência.¹⁹ O caminho mais fácil, conforme havia sido sedimentado na jurisprudência, era pela via das violações ao direito de investigar, julgar e punir, decorrentes do direito a garantia judicial e remédio efetivo, consagrados no art. 8 e 25 da CADH. Contudo, a linguagem técnica própria do Direito não traduzia o grau intenso da violação. Para as vítimas, o sentido e alcance dos direitos convencionais encontravam fundamentação na própria cosmovisão cultural e religiosa da comunidade tradicional, que impunha aos vivos o dever de buscar a justiça em nome dos mortos e antepassados. Para o sobrevivente Erwin Willemdam:



(...) Na cultura N'jduka a busca por justiça é uma obrigação que, se não obtida, 'a vida fica perturbada, interrompida, sendo que a pessoa não poderá continuar a viver adequadamente'. (...) 'Enquanto não se obtiver justiça, [os sobreviventes] não podem voltar a residir no lugar'. (...) Os membros da comunidade creem que enquanto os que morreram em Moiwana não forem vingados, suas almas não estarão em paz. Assim mesmo, enquanto seus corpos não receberam um enterro adequado, haverá consequências negativas para os vivos. A testemunha tem medo destes espíritos enojados. Sem embargo, "se realizada de forma adequada – se obtida a justiça e concedida compensação" – a comunidade pode voltar a viver na área" (Corte IDH, 2005, p. 23, §80, trad. livre).

Nesse ponto, é importante lembrar que o caso colocou à prova as correntes da filosofia que defendiam que jusracionalismo filosófico trouxe, como "conquista" a laicização da noção de justiça, com a separação entre Estado e religião para a fundamentação do Direito (ISHAY, 2013, p. 147). Na contemporaneidade, alguns autores alertam que a pretensão supostamente "agnóstica" do discurso de direitos humanos muitas vezes representa a imposição neoimperialista de valores judaico-cristãos, sobre a falsa premissa de serem universais (WALLERSTEIN, 2007). Por isso, o caso é simbólico posto que, ao partir de valores culturais não hegemônicos para a construção do sentido e alcance dos direitos consagrados na CADH, a Corte Interamericana construiu uma proposta que reconhece o multiculturalismo, o carácter contramajoritário e o potencial contra-hegemônico dos direitos humanos para a formatação das reparações cabíveis (SANTOS, 2001). Assim, a sentença busca transcender ao "universalismo europeu" liberal para a construção do que WALLERSTEIN (2007) denomina "universalismo universal". Essa proposta não se concretiza apenas na construção da fundamentação das violações aos direitos da Convenção e no amplo destaque que é dado às narrativas das vítimas, peritos antropólogos e pedidos dos representantes dos sobreviventes. Acima de tudo, a ousadia do caso transparece nas reparações, posto que o aspecto reparatório pecuniário (tão marcante na litigância interna perante os Estados e também no sistema europeu de proteção dos direitos humanos) foi substituído por difíceis medidas reparatórias não pecuniárias, cuja supervisão de cumprimento impôs grande desafio à efetivação da sentença (CORTE IDH, 2010).

A construção feita em relação ao direito de propriedade (e sua correlata reparação) é bem significativa da tendência acima descrita. Pelo modelo liberal incorporado à interpretação civilista, a propriedade se prova com um justo título ou é adquirida pelo exercício prolongado de posse sem oposição sobre o bem. Contudo, tal paradigma não é suficiente para explicar o especial vínculo que algumas coletividades possuem com a terra, estabelecendo um liame cultural e religioso entre os vivos e os ancestrais, bem como uma interação diferenciada com a natureza (CIDH, 2010, p. 35). Assim, se o caso fosse analisado sob a lupa da tradição jurídica liberal clássica (c.f. ISHAY, 2013, p. 177), seria difícil de sustentar o direito à propriedade, posto que a comunidade não ostentava título sobre a terra. Tampouco exerciam posse sobre o território ocupado, posto que o massacre ensejara o exílio dos membros por fundado temor de perseguição por muitos anos (desde 1986). Ao utilizar os parâmetros da própria cosmovisão da comunidade Maroon N'djuka²⁰, opera-se uma verdadeira reconstrução de direitos humanos, que só é concluída, do ponto de vista argumentativo, com a imposição de deveres reparatórios que exigissem do Estado a integral reparação. Por isso, ao estabelecer que o Estado não apenas cessasse a ameaça à segurança pessoal, como também garantisse o retorno voluntário, por meio de várias medidas (algumas, inclusive, que levavam em conta aspectos espirituais, culturais e



religiosos), a Corte não conferiu ao Estado discricionariedade para escolher as reparações aos danos causados, conforme sua conveniência, oportunidade ou arbítrio. Além disso, a imposição do dever de demarcar as terras demonstra a relação entre o território ocupado (art. 21), o direito de circulação e residência, a proibição de dar causa à criação de fluxos de deslocamentos forçados (art. 22) e o direito à integridade física, pois a vida não significava apenas uma estada terrena, mas a oportunidade de sobrevivência da identidade cultural.

As reparações fixadas demonstram a relação existente entre a possibilidade de retorno a terra e a busca pela justiça (efetivada pelo direito a um remédio efetivo). De acordo com a cosmovisão da comunidade, o retorno voluntário só era possível se os sobreviventes assegurassem a busca pela justiça em relação aos mortos. Tal ideia, pouco valorizada no paradigma liberal, possivelmente não teria espaço em uma estratégia de litigância perante a Corte Europeia. Por outro lado, a incorporação de tais nuances das medidas reparatórias permitiu a construção de uma jurisprudência que balanceia o universal com o multicultural, viabilizando que os direitos humanos sejam um instrumento de luta dos povos subjugados pelos detentores do poder político. Essa tendência é exemplificativa da implementação da proposta emancipatória dos movimentos sociais por meio do discurso de direitos humanos (SANTOS, 2003, p. 71).²¹

6. Considerações finais: rumo ao pós-vida

A análise do caso *Moiwana* representa um convite para reflexão sobre o papel da jurisdição internacional para os casos de graves violações de direitos humanos. A consagração da doutrina da reparação integral abre, ao sistema interamericano, uma perspectiva de construção multicultural inclusiva. A ascensão dos casos de massacres indígenas, de comunidades tradicionais afrodescendentes e de outros povos multiétnicos ou tribais no sistema interamericano permitiu a própria reconstrução do sentido e alcance dos direitos consagrados, dando ênfase à indivisibilidade e inter-relação entre eles, bem como de várias dimensões escondidas pelo paradigma liberal europeu e pelo modelo reparatório limitado a partir da doutrina da “satisfação equitativa” (ainda que hoje não seja a mesma adotada de forma tão rígida no mecanismo europeu). Por outro lado, a fragilidade dos mecanismos de *compliance* pelos Estados latino-americanos, ainda permanece como um fantasma à credibilidade do sistema.

Após o contraste entre o paradigma liberal do sistema europeu e a saída multicultural interamericana, deve ser retomada a discussão *obter dictum* proposta por Cançado Trindade, que indaga se o conjunto de reparações fixadas representariam, do ponto de vista simbólico, o reconhecimento de um dano a um projeto pós-vida (CORTE IDH, 2005). Trata-se de uma noção adaptada da própria cosmovisão que dá um especial sentido ao tempo e ao espaço, permitindo que a noção de pessoa seja estendida para além das fronteiras do mundo material. Para um questionamento tão profundo, de fato, essa parece ser uma saída válida. As reparações fixadas representam, justamente, o respeito ao pluralismo e à cosmovisão, permitindo que a comunidade resgaste a sua identidade cultural e a coexista com os seus ancestrais, de acordo com os usos e



costumes. A reparação deve ser integral e o sistema protetivo não deve conferir ao Estado violador a discricionariedade para a definição das medidas a serem implementadas.

Sem dúvidas, Moiwana consagra uma especial noção de justiça em que os vivos honram seus ancestrais para que, a partir de elementos espirituais que a razão ainda não explica, os mortos possam permanecer vivos. E assim, a existência segue o seu ciclo.

Referências

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vols. II-III, 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

_____. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos: um testemunho para a história* (prefácio). In: OLIVEIRA, Márcio Luis. *As O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: esencia e transcendencia*. Cidade do México: Porrúa, 2007.

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: CIDH, 2010. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 diciembre 2009.

Corte EDH. *Caso Aksoy vs. Turquía*, julgamento de 18 de dezembro de 1996, § 98, reports 1996.

Corte EDH. *Caso Gorgulu v. Alemanha*, No. 74969/01, julgamento 26 de fevereiro de 2004.

Corte EDH. *Caso Sejdivic v. Itália* (Grand Chamber). Julgamento de 1º de março de 2006.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7

Corte IDH. *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5

Corte IDH. *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 11

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42

Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77



Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88

CORTE IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2010.

CORTE IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Supervisión Cumplimiento Sentencia. Resolución de la Presidenta de Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de diciembre de 2009.

CORTE IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2007.

CORTE IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2006 Serie C No. 145

CORTE IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124

INTERNATIONAL LAW COMMISSION et al. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, with commentaries. Report of the International Law Commission on the Work of its 53rd session, 2001.

ISHAY, Micheline (org). *Direitos Humanos: uma antologia*. São Paulo: EdUSP, 2013.

MOWBRAY, Alistair. *Cases and materials on the European Convention on Human Rights*, 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2007.

NUNES, Raquel Portugal. *Reparações no sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos*. In: OLIVEIRA, Márcio Luis. *As O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*, 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos. Contexto Internacional*, 2001, vol. 23, n. 1, 7-34

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Poderá o direito ser emancipatório?* Revista Crítica de Ciências Sociais, 2003, vol. 65, 3-76.

VAN BOVEN, Theo. *Reparations a requirement of Justice*. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, tomo II. San Jose da Costa Rica: Corte IDH, 2003.



VAN BOVEN, Theo. *The United Nations basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of International Humanitarian Law*. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_60-147/ga_60-147_e.pdf>. Acesso em 28 out 2015.

WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. São Paulo: Boitempo, 2007.

¹ Uma análise mais aprofundada sobre a discussão pode ser encontrada CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 28-56 (vol. II); 27-169 (vol. III).

² De uma forma geral e por meio de uma análise crítica, sobre os mecanismos de proteção e o processo internacional vide RAMOS (2015, 29-76).

³ Desde a década de trinta do século XX, a Comissão de Direito Internacional (CDI) tem tentado promover a codificação do regime jurídico da responsabilidade internacional do Estado. Em 2001, a CDI adotou e submeteu à Assembléia Geral da ONU o *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongfull Acts* (2001), que sistematiza regras costumeiras e princípios comuns ao regime jurídico de responsabilidade internacional. No art. 31 do Draft consta que “o estado que for responsabilizado tem a obrigação de reparar integralmente os danos causados” (CDI, 2001, p. 91). Apesar dos questionamentos sobre a utilidade do documento diante da falta de força vinculante formal, o seu conteúdo tem sido invocado como a expressão sistematizada do costume internacional sobre a matéria (NUNES, 2007, p. 161).

⁴ Trata-se do julgamento de reparações dos Casos *Loaysa Tamayo vs. Peru* (Corte IDH, 1997), *Caso “Ninos de la calle” vs. Guatemala* (Corte IDH, 2001) e caso *Cantoral Benavides vs. Peru* (Corte IDH, 2001).

⁵ Embora o primeiro caso envolvendo pessoa vinculada a povos tradicionais tenha sido *Aloebotoe vs. Suriname* (Corte IDH, 1991), apenas a partir de 2000, com o caso indígena da *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua* (Corte IDH, 2000) consolidou uma tendência de casos de massacres de coletividades tradicionais, ressaltando elementos da cosmovisão e do especial vínculo com a terra desde a análise do mérito.

⁶ Essa classificação, apesar de criticável, é a adotada pela Corte, inspirada nas categorias da Convenção 169 da OIT. As características do povo N’djuka se aproximam do que no Brasil denominamos como povos “quilombolas”, isso é, uma comunidade de ex-escravos de ascendência africana, levados ao território colonial, que, em um determinado momento fugiram e passaram a criar comunidades territoriais de resistência, conquistando, assim a própria independência e autodeterminação.

⁷ Tais informações derivam da prova testemunhal colhida, em especial dos antropólogos e do relato dos sobreviventes.

⁸ Neste sentido: “CADH, 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.”

⁹ Para a leitura integral dos princípios e dos comentários do relator especial, c.f. ONU, 2005, 1-7.

¹⁰ Em artigo anterior à adoção da do documento onusiano, verifica-se que o relator especial se debruçou de forma aprofundada na experiência das reparações no sistema interamericano. (VAN BOVEN, 2003, 664-668).

¹¹ Trata-se das sentenças de reparação nos três primeiros casos levados à apreciação da Corte Interamericana, a saber: *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* (Corte IDH, 1989); *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras* (CORTE IDH, 1989) e *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales Vs. Honduras*. (CORTE IDH, 1989).

¹² Para contextualizar, o sistema europeu de proteção aos direitos humanos se estabeleceu no marco do Conselho da Europa. Conforme RAMOS (2015, p. 183), a bipolaridade oriunda da Guerra Fria, os danos avassaladores advindos da 2ª Guerra no continente fez com que se buscasse a afirmação dos valores europeus ocidentais (garantia de direitos humanos, regime democrático e Estado de Direito), como exercício de resistência à existente ameaça do modelo socialista implantado pela então URSS e pelos países do leste europeu.



¹³ Em vigor a partir de 1953. Tal Convenção já sofreu algumas alterações e acréscimos, por meio de diversos protocolos adicionais.

¹⁴ Dentre as “travas de segurança” apontadas, as mais significativas são: a existência de um filtro de admissibilidade sobre a demanda, o controle político exercido pelo Comitê de Ministros, a doutrina da “satisfação equitativa” e a teoria da “margem de apreciação”. (RAMOS, 2015, p. 183)

¹⁵ No texto original, a satisfação equitativa era prevista no art. 50 da CEDH. Contudo, após o Protocolo 11, a redação original foi substituída pelo art. 41, in verbis: “CEDH, art.41 - Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário”.

¹⁶ O caso *Gorgulu vs. Alemanha (2004)* versa sobre a situação de um filho dado à adoção pela mãe sem a aquiescência paterna. A Corte Européia reconheceu a violação do direito à vida familiar (art. 8 da CEDH) do pai, sendo que “(...)a Corte EDH deu início à uma nova posição, ao estabelecer, além da satisfação equitativa e a penas banais sobre o dever de cumprimento geral de suas sentenças, que a Alemanha deveria, ao menos, possibilitar o acesso do peticionante ao seu filho” (RAMOS, 2015, f. 189-190). Já em *Sedjovic vs. Itália (2006)*, a Corte EDH reconheceu a violação às garantias do devido processo em razão de condenação *in absentia*. Além da tutela declaratória, a Corte determinou a necessidade de um novo julgamento. (c.f. RAMOS, 2015, f. 190)

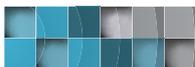
¹⁷ RAMOS (2015, f. 255-256) aponta a fragilidade de tal modelo.

¹⁸ Neste ponto, adota-se a perspectiva de SANTOS (2001, 7-34).

¹⁹ Esse argumento é construído a partir dos pedidos formulados pela CIDH. Sem prejuízo, nota-se que a CIDH tem uma importante produção de informes e relatórios com a temática indígena, incorporando e influenciando a posterior evolução da jurisprudência da Corte na temática indígena e quilombola. Sobre o tema, destaca-se o informe sobre os *Direitos dos Povos Indígenas e Tribais sobre as suas terras ancestrais e recursos naturais* (CIDH, 2010).

²⁰ Partindo-se das premissas trazidas pela Convenção 169 da OIT e dos instrumentos que reconhecem os direitos dos povos tradicionais. Para um maior detalhamento: CIDH (2010, p. 21-65)

²¹ Neste sentido: “no fim e ao cabo, o direito não pode ser nem emancipatório, nem não emancipatório, porque emancipatórios e não emancipatórios são os movimentos, as organizações e os grupos cosmopolitas subalternos que recorrem à lei para levar suas lutas por adiante” (SANTOS, 2003, p. 71).



Análise do Caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica e seu impacto sobre o direito ao aborto

Analysis of Artavia Murillo Vs. Costa Rica Case and Its impact on the right to abortion

Andrea Castilho Nami Haddad Barreto
Defensora Pública do Estado de São Paulo
acbarreto@defensoria.sp.def.br

Resumo

Trata-se de artigo que analisou o caso Artavia Murillo e outros vs Costa Rica, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre a proibição da fecundação in vitro. Com base nos dados constantes na sentença, foi mencionado o histórico da proibição da fecundação in vitro na Costa Rica, os fundamentos utilizados pela Corte em sua decisão para a condenação do Estado da Costa Rica, bem como o impacto do julgado sobre o direito ao aborto. A conclusão a que se chegou é de que a Corte Interamericana defende o direito ao aborto, levando-se em consideração o estágio da gravidez no caso do aborto “eletivo”.

Palavras-chave: Aborto. Jurisprudência internacional. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract

This article analyzes the Artavia Murillo et al. V. Costa Rica case, judged by the Inter-American Court of Human Rights, about the prohibition of in vitro fertilization. Based on the data contained in the sentence, the prohibition of in vitro fertilization in Costa Rica was mentioned, the grounds used by the Court in its decision for the conviction of the State of Costa Rica was also analyzed, as well as the impact of the judgment on the right to abortion. The conclusion reached is that the Inter-American Court defends the right to abortion, taking into account the stage of pregnancy in the case of "elective" abortion.

Key-words: *Abortion. International Jurisprudence. Interamerican Court of Human Rights.*



1. Introdução

No caso *Artavia Murillo e outros (“Fecundação *in vitro*”) vs. Costa Rica*¹ a Corte Interamericana de Direitos Humanos interpretou o artigo 4.1. da Convenção Americana de Direitos Humanos (direito à vida), bem como realizou um juízo de proporcionalidade da medida de órgão da Corte Suprema da Costa Rica que proibiu a Fertilização *in vitro* (FIV) no Estado da Costa Rica.

Em 28 de novembro de 2012 julgou o Estado violador da Convenção Americana de Direitos Humanos justamente por não ter ponderado de forma razoável os direitos protegidos e os violados pela proibição da utilização da técnica de FIV.

Tal decisão é um importante precedente para a análise da proibição do aborto na maior parte dos países da América Latina em razão da interpretação dada ao direito à vida, já que concluiu que a proteção ao não nascido (nascituro) é diferente da proteção ao nascido e que os direitos das mulheres devem ser levados em consideração na análise desta proteção.

2. A proibição da fertilização *in vitro* na Costa Rica

Em 3 de fevereiro 1995 a Costa Rica expediu o Decreto Executivo nº 24029-S regulamentando a FIV. A Sala Constitucional da Corte Suprema da Costa Rica em 15 de março de 2000, por meio de controle concentrado de constitucionalidade com efeitos *erga omnes*, declarou o Decreto Executivo inconstitucional.

A primeira razão para a declaração de inconstitucionalidade foi formal, pois entendeu-se que a matéria regulamentada pelo Decreto Executivo somente poderia ser disciplinada por meio de lei.

No mérito, a Sala Constitucional entendeu que a FIV violava o direito à vida a qual, segundo o entendimento daquele órgão, surge com a fecundação. Na ocasião, a Sala Constitucional entendeu que o embrião é uma pessoa, e o fato de inexistir técnica de FIV que garanta que o embrião não seja perdido no processo faz com que a técnica viole o direito à vida.

Cabe mencionar que o Decreto Executivo proibia o descarte de embriões, mas para a Sala Constitucional o fato de muitos embriões não sobreviverem ao processo justificava a proibição da técnica.

Como fundamento de sua decisão a Sala Constitucional citou diversos artigos de tratados internacionais que protegem o direito à vida e o direito das crianças, dentre eles a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em 19 de janeiro de 2001 alguns casais inférteis ou com problemas de fertilidade que não puderam se submeter à técnica na Costa Rica ingressaram com a petição inicial na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual em 29 de julho de 2011 submeteu o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.



3. Da análise do mérito pela Corte Interamericana

Em sua análise do mérito a Corte Interamericana delimitou tanto os direitos violados pela proibição da FIV quanto os direitos protegidos pela medida adotada pela Sala Constitucional da Suprema Corte da Costa Rica. Para isso, recorreu à precedentes de outras cortes de direitos humanos, à precedentes da própria Corte Interamericana, a outros tratados de direitos humanos, às legislações dos países do continente americano, a dados científicos apresentados pelas partes e aos depoimentos dos casais.

Após, realizou uma ponderação entre os direitos em jogo, chegando à conclusão que a proibição da realização da técnica era mais danosa do que benéfica à sociedade, pois viola mais do que protege os direitos humanos.

a) Dos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos violados pela proibição da técnica de FIV

O artigo 5.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que “*Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral*”. É o direito à integridade pessoal.

O artigo 7.1, por sua vez, que “*Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais*”. É o direito à liberdade pessoal.

O direito à vida privada e familiar está expresso nos artigos 11.2 e 17.2:

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

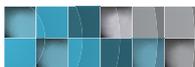
É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos interpretou estes artigos e chegou a algumas conclusões que serão apresentadas de forma sucinta a seguir.

Todas as pessoas têm direito a constituir uma família e isso envolve o direito a ter filhos. A forma como a pessoa opta por ter filhos deve ser de sua livre escolha, ou seja, não precisa ser comprovadamente infértil para optar pela FIV e não deve ser obrigada a optar pela adoção.

Logo, ainda que o casal possa ter filhos por outros meios, a proibição da técnica de FIV constitui-se em ingerência indevida do Estado em sua vida privada e em sua liberdade de escolha. Além disso, a proibição significa para muitos casais a retirada do direito a ter uma família, pois a técnica constitui-se na única chance que o casal tem de gerar filhos biológicos.

O sofrimento psíquico e moral que a proibição inflige nos casais constitui-se em violação à sua integridade pessoal. A Corte apurou que após a decisão da Sala Constitucional da Suprema Corte da Costa Rica os casais passaram a ser discriminados em razão de sua



incapacidade de gerar filhos biológicos. A infertilidade é considerada uma deficiência, o que faz com que as pessoas inférteis estejam protegidas também pelos tratados de direitos da pessoa com deficiência.

Muitos casais tiveram que se submeter à técnica fora da Costa Rica, em países estranhos e longe de suas famílias em um momento delicado de suas vidas. Isto lhes causou ainda mais sofrimento, além de graves problemas financeiros. Outros casais sequer tinham os recursos para tais tentativas em países estrangeiros, e a decisão da Sala Constitucional significou o fim do sonho de terem filhos biológicos.

Percebeu-se que a proibição foi particularmente danosa às mulheres. Na sociedade de forma geral a mulher é ensinada que o seu principal papel é a maternidade, extremamente associada à feminilidade. Além disso, a infertilidade do casal normalmente é considerada como “culpa” da mulher, quando muitas vezes o homem é que tem a deficiência reprodutiva. Quando a mulher não é capaz de ser mãe, seu sofrimento pode gerar instabilidade no casamento, violência doméstica, estigmatização e até mesmo levá-la ao ostracismo².

Em suma, além de violar os direitos acima mencionados na Convenção Americana de Direitos Humanos, a decisão gerou verdadeira discriminação das pessoas inférteis em razão de sua incapacidade de ter filhos, de seu gênero (no caso das mulheres) e de sua situação econômica (por não poderem realizar o procedimento dentro de seu país).

b) Da interpretação do direito à vida previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos

O artigo 4.1 da Convenção prevê que *“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”* (grifo nosso).

A Corte Interamericana discorreu sobre alguns tipos de interpretação para chegar a uma conclusão sobre o significado do artigo 4.1.

b.1) Interpretação de acordo com o sentido comum dos termos

Concepção não tem o mesmo significado que fecundação, momento no qual o óvulo e o espermatozoide se encontram gerando uma nova célula, o zigoto. Para a Corte, concepção é o momento em que o óvulo fecundado é implantado no útero materno, permitindo que esta nova célula se conecte com o sistema circulatório da mulher e se desenvolva.

Isso porque somente no corpo da mulher este embrião tem possibilidades de sobreviver. Inclusive, a mulher somente pode ser considerada grávida quando é produzido o hormônio “Gonodotropina Coriônica”, o que ocorre apenas quando o embrião se une a ela.

Em consulta ao dicionário da Real Academia da Língua Espanhola notou-se que as palavras concepção e fecundação não são sinônimas. Ademais, os pareceres científicos apresentados à Corte demonstraram que as palavras não são utilizadas para a explicação dos mesmos fenômenos.



Concluiu-se, portanto, que acaso a Convenção Americana quisesse proteger o direito à vida desde a fecundação, teria optado por esta palavra e não pela expressão “concepção”.

Já o termo “em geral” significa que existem exceções a uma determinada regra, as quais no presente caso foram exemplificadas nos outros tipos de interpretação.

b.2) Interpretação sistemática e histórica

A Corte avaliou os Sistemas de Direitos Humanos Interamericano, Universal, Europeu e Africano.

No Sistema Interamericano foram estudadas a Declaração Americana de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em um primeiro momento, nos trabalhos preparatórios à Convenção Americana de Direitos Humanos, a expressão “em geral” não constava do artigo que protegia o direito à vida.

No entanto, como forma de permitir que o direito ao aborto continuasse a existir nos Estados americanos que já o previam, alterou-se a redação justamente para conciliar os interesses de todas as nações envolvidas.

O Brasil, dentre outros países, chegou a apresentar emenda ao projeto a fim de eliminar a expressão “em geral”, por considerar que com esta redação não se impediria que os países produzissem legislação permitindo os mais variados tipos de aborto³. A emenda foi rechaçada e a expressão permaneceu.

Quanto ao embrião ter ou não o *status* de pessoa, resta claro para a Corte que o embrião fora do corpo da mulher não tem sequer condições de exercer minimamente os direitos previstos na Convenção e Declaração Americanas de Direitos Humanos. Não se pode dizer, portanto, que embrião é uma pessoa. O objetivo do artigo 4.1 foi a proteção da mulher grávida, a proteção do nascituro através da mulher, e isto somente é possível após a concepção (conexão do óvulo fecundado à mulher).

No Sistema Universal foram mencionadas a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, as Observações Gerais n° 6 (Direito à Vida) e n°17 (Direitos das Crianças), a Convenção e o Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher (“CEDAW”) e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Nos trabalhos preparatórios à Declaração nota-se uma opção consciente em proteger apenas os nascidos e não o nascituro, motivo pelo qual a Corte conclui que a redação do artigo 1° equipara “seres humanos” àqueles que “nascem”⁴.

Quanto ao Pacto, foram feitas várias propostas para inclusão da expressão “a partir do momento da concepção” em seu artigo 6.1⁵, que dispõe sobre a proteção do direito à vida. Todas foram rechaçadas, o que levou à conclusão da Corte de que a redação do Pacto foi elaborada propositalmente para não conceder a mesma proteção do nascido ao nascituro.



No que diz respeito às Observações Gerais, a Corte observa que não mencionam o direito à vida do nascituro e que o Comitê de Direitos Humanos traça duras críticas a legislações que impedem o acesso ao aborto seguro, colocando em risco a vida da mulher.

Já para o Comitê CEDAW⁶ “os princípios fundamentais de igualdade e não discriminação exigem privilegiar os direitos da mulher grávida sobre o interesse de proteger a vida em formação”.

Ainda, a Corte observou após a análise dos trabalhos preparatórios à Convenção sobre os Direitos da Criança que houve uma opção deliberada por incluir apenas no Preâmbulo a expressão “antes do nascimento” e não nos artigos da Convenção. Foi uma forma de obter consenso na votação do tratado sem que a expressão influenciasse na interpretação de seus artigos 1^{o7} e 6^{o8}.

No Sistema Europeu foram analisados os precedentes existentes na Comissão Europeia dos Direitos Humanos e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (“TEDH”) sobre FIV e aborto. Quando à FIV, o TEDH entendeu que a matéria estava dentro da margem de apreciação dos Estados.

Já quanto ao aborto, foram analisados diversos precedentes do TEDH. Consta na decisão da Corte Interamericana trecho grifado e sublinhado de um destes precedentes, abaixo transcrito⁹:

“No âmbito europeu, a Corte observa que não há nenhum consenso em relação à natureza e ao status do embrião e/ou feto [...], ainda que eles tenham recebido alguma proteção à luz do progresso científico e das consequências potenciais de pesquisa dentro da engenharia genética, procriação médica assistida ou experimentação com embriões. **No máximo, pode-se considerar que os Estados estão de acordo que o embrião/ou feto é parte da raça humana. A potencialidade deste ser e sua capacidade de se converter em pessoa – gozando de proteção sob as leis civis, também, em muitos Estados, tal como, por exemplo, França, no contexto das leis de sucessão e doação, e também no Reino Unido [...] – requer proteção em nome da dignidade humana, sem torná-lo uma “pessoa” com o “direito à vida”** para os efeitos do artigo 2. [...] Não é desejável, nem ainda é possível tal como estão as coisas neste momento, contestar em abstrato se um não nascido é uma pessoa para os efeitos do artigo 2 da Convenção.”
(sem grifo no original)

Finalmente, o artigo 14.2, alínea *c* do Protocolo da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos Relativo aos Direitos da Mulher estabelece de forma expressa que os Estados devem:

“proteger os direitos reprodutivos da mulher, permitindo o aborto com medicamentos em casos de agressão sexual, estupro e incesto e quando a continuação da gravidez ponha em perigo a saúde mental e física da grávida ou a vida da grávida ou do feto”.

Este método de interpretação, segundo a Corte, não traz indicativos de que o embrião tenha o mesmo *status* e proteção de uma pessoa.



b.3) Interpretação evolutiva

A Corte analisou o direito internacional comparado sobre o *status* jurídico conferido ao embrião, além das legislações nacionais que discorrem sobre a prática da FIV.

Quanto à proteção jurídica do embrião, a conclusão da Corte é de que ela existe para disciplinar pesquisas científicas com finalidade comercial ou industrial ou para tratar de questões éticas como a doação de óvulos e espermatozoides ou a clonagem humana. Não há nada na normativa internacional que permita igualar o embrião não implantado a uma pessoa.

No que diz respeito à regulamentação da FIV, segundo a Corte o único país no mundo que proíbe a técnica de forma absoluta é a Costa Rica.

A regulamentação da técnica nos países americanos, seja por lei ou por ato administrativo, normalmente trata da proibição da clonagem humana ou da sua utilização apenas para a procriação humana. Também há limites sobre a quantidade de embriões que podem ser implantados e regras sobre o congelamento de embriões. Alguns países planejam realizar a FIV em seus serviços públicos de saúde.

Nesse cenário, para a Corte a maioria dos países americanos interpretou a Convenção Americana de Direitos Humanos como permissiva da prática da FIV, traçando um conceito importante: **o princípio da proteção gradual e incremental, não absoluta, da vida pré-natal¹⁰**.

b.4) Princípio da interpretação mais favorável e o objeto e fim do tratado

Retomando conclusões obtidas com a interpretação sistemática e histórica, a Corte afirma que o direito à vida não é absoluto e que a intenção da Convenção Americana é que a expressão “em geral” de seu artigo 4.1 permita a ponderação deste direito com outros ali previstos. O objeto do tratado é proteção ampla de direitos humanos e não a proteção de um direito humano em detrimento de outros.

Logo, uma norma interna que privilegie apenas o direito à vida anulando completamente os outros direitos não se coaduna com a Convenção Americana de Direitos Humanos, que exige a ponderação dos direitos em conflito aplicando todos na maior medida possível.

Vale a transcrição de trecho da decisão¹¹:

“A esse respeito, a Corte considera que outras sentenças no Direito Constitucional comparado buscam realizar um adequado balanço de possíveis direitos em conflito e, portanto, constituem uma referência relevante para interpretar os alcances da cláusula “em geral, desde a concepção” estabelecida no artigo 4.1 da Convenção. A seguir se faz alusão a alguns exemplos jurisprudenciais nos quais se **reconhece um legítimo interesse em proteger a vida pré-natal, mas onde se diferencia este interesse da titularidade do direito à vida, enfatizando que toda tentativa de proteger este interesse deve ser harmonizada com os direitos fundamentais de outras pessoas, em especial da mãe**” (grifo nosso).

É mencionada jurisprudência do TEDH e de países americanos que faz justamente o balanço entre direitos do nascituro e direitos da mulher, reconhecendo que o direito à vida do



primeiro não é absoluto em razão da necessária proteção também dos direitos e interesses da mulher grávida.

Após a utilização de todas estas modalidades de interpretação, a conclusão da corte é que o termo concepção diz respeito ao momento em que o embrião se conecta ao corpo da mulher, e que a expressão “em geral” significa não uma proteção absoluta da vida, mas “*gradual e incremental segundo seu desenvolvimento*”¹².

c) Do Juízo de Proporcionalidade da Medida

A alegação do Estado da Costa Rica de que a perda de embriões durante a técnica da FIV é maior do que a perda durante a fecundação e concepção de forma natural restou infundada.

Os estudos científicos demonstram que a perda também é considerável no processo reprodutivo natural, sendo inclusive difícil mensurar a real incidência de perda uma vez que a mulher muitas vezes não percebe que seu óvulo foi fecundado mas não chegou a conectar-se com seu corpo.

Dessa forma, é irrazoável violar os direitos à integridade e liberdade pessoais e à vida familiar e privada e ainda causar a discriminação das pessoas com deficiência reprodutiva sem que isso gere significativa proteção do embrião, ainda mais considerando-se que este não possui a mesma proteção jurídica que a pessoa.

Por tudo isso, a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que o Estado da Costa Rica não ponderou de forma adequada os direitos em jogo ao proibir a técnica da FIV e que a severidade da medida viola muita mais do que protege os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

4) Do impacto da decisão da Corte Interamericana em relação ao direito ao aborto

Após a decisão proferida pela Corte Interamericana organizações de direitos das mulheres¹³ e juristas¹⁴ começaram a se manifestar. Para alguns¹⁵, o precedente deixa claro que normas que criminalizam o aborto ou que impeçam as mulheres de se submeterem a procedimentos abortivos de forma segura violam a normativa internacional de proteção à mulher.

Manifestações contrárias a essa posição¹⁶ dizem que a Corte Interamericana apenas interpretou a palavra “concepção”, concluindo que o embrião antes de ser implantado no corpo da mulher não merece a mesma proteção que o embrião já implantado. Para estes nada mudou em relação ao aborto e matar o nascituro viola tanto o direito à vida quanto matar o nascido.

Com efeito, se a Corte quisesse falar apenas sobre FIV, poderia muito bem ter decidido o caso apenas com base no primeiro tipo de interpretação, o sentido comum das palavras. Ao explicar a diferença entre fecundação e concepção, já restou claro que a técnica de FIV não desrespeitava o direito à vida porque esta somente é protegida quando o embrião conecta-se ao útero da mulher (concepção) e qualquer perda anterior a este momento não viola o artigo 4.1.



No entanto, a Corte quis demonstrar que a ideia de manter a expressão “em geral” no artigo 4.1 da Convenção Americana foi para permitir o aborto. Quis demonstrar que nenhum tratado de direitos humanos protege expressamente os direitos do nascituro e que nenhum o considera como pessoa titular de todos os direitos humanos. Que o direito à vida não é absoluto e que a jurisprudência internacional exige o balanço entre os direitos em conflito. Que os princípios da igualdade e da não discriminação impõe que o direito da mulher seja levado em consideração tanto ou mais que o direito do feto. Que a proteção do direito à vida é gradual e incremental. Claramente, a Corte Interamericana quis falar sobre aborto, ainda que o objeto da ação fosse a FIV.

Penso que a Corte não desconsiderou os direitos do nascituro, mas obriga que as normas também considerem os direitos das mulheres, ponderando-os. Este precedente favorece sobremaneira o aborto quando a gravidez resulta de estupro, bem como quando há risco de vida à mãe e quando o nascituro não tem condições de sobreviver após o nascimento.

Nessas hipóteses, diante da ponderação dos direitos em jogo, a balança pende para o direito de escolha da mulher uma vez que continuar a gravidez poderá lhe trazer grande sofrimento físico e mental. Qualquer legislação que impeça isso, seja criminalizando a conduta, seja dificultando o acesso da mulher aos serviços de saúde, traduz-se em grave violação de direitos humanos conforme o precedente aqui estudado.

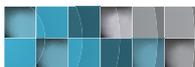
Entendo, inclusive, que o Projeto de Lei nº 5.069 de 2013¹⁷ que exige que a gravidez resultante de estupro somente possa ser interrompida após exame de corpo de delito e comunicação à autoridade policial desrespeita este precedente da Corte Interamericana, configurando verdadeira discriminação da mulher e violação à Convenção Americana.

A questão é mais complexa no que diz respeito ao aborto não enquadrado em alguma das hipóteses acima mencionadas. A Corte não se manifestou abertamente sobre o direito da mulher ao aborto “eletivo”. No entanto, é possível interpretar a decisão no sentido de que os direitos da mulher prevalecem mesmo nesta hipótese.

Com efeito, sabe-se que é extremamente difícil para uma mulher optar pelo aborto, e que normalmente o faz por não ter condições econômicas, familiares ou mesmo emocionais para continuar com a gestação e cuidar de uma criança ou entregá-la para adoção. O sofrimento mental que a mulher sofrerá caso obrigada a levar a gravidez adiante deve ser levado em consideração.

Refletindo também sobre os direitos violados pela proibição da FIV, obrigar uma mulher a continuar com uma gravidez que não deseja viola sua liberdade e integridade pessoais e seu direito à vida privada e familiar. O direito a ter uma família também significa o direito a não ter uma família, a ter uma família sem filhos biológicos e a ter a liberdade para decidir em que momento de sua vida deseja ter filhos.

Criminalizar o aborto “eletivo” ou impedir o acesso aos serviços de saúde para sua realização são medidas que aumentam ainda mais o sofrimento mental da mulher e a violação a estes direitos. Gera inclusive risco à sua própria vida, já que não poderá realizar o procedimento de forma segura e correrá perigo em razão de seu desespero.



Além disso, a Corte Interamericana deixa claro que a proteção da vida do nascituro é gradual e incremental. Ou seja, quanto mais a gravidez avança mais deve-se levar em consideração os direitos do nascituro. Normas que proíbem o aborto em qualquer estágio da gravidez conferem direito absoluto à vida do nascituro sem qualquer consideração pelos direitos da mulher. Esta não ponderação foi considerada uma infração a Convenção Americana de Direitos Humanos neste precedente.

Por fim, a proibição do aborto no Brasil é particularmente violadora de direitos das mulheres pobres. É fato notório que a mulher com melhores condições econômicas tem acesso a serviços de saúde de qualidade, ainda que clandestinos, e que permitem a realização do aborto de forma segura e sigilosa.

Já a mulher pobre que depende dos serviços públicos de saúde não pode recorrer a estes para realizar o aborto de forma segura. Submete-se a métodos abortivos perigosos que podem gerar danos à sua saúde e até mesmo tirar-lhe a vida. Ademais, corre o risco de ver sua conduta enquadrada como crime caso não consiga manter o sigilo sobre o que fez, em verdadeira agressão à sua intimidade.

Dessa forma, acredito que este precedente corrobora o direito ao aborto e pode ser utilizado para considerar como violadoras de direitos humanos normas que o proíbam.

5) Conclusão

No caso *Artavia Murillo e outros* (“Fecundação *in vitro*”) vs. Costa Rica a Corte Interamericana de Direitos Humanos posicionou-se abertamente contra normas que proíbem de forma absoluta o aborto pois não fazem o juízo de ponderação entre a proteção da vida gradual e incremental e os direitos da mulher grávida.

De forma segura, pode-se afirmar que o entendimento da Corte é de que normas que não permitam ou dificultem o aborto nos casos de gravidez resultante de estupro, risco de vida para a mãe e impossibilidade de sobrevivência do nascituro após o nascimento violam a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Quanto ao aborto “eletivo” a interpretação dada pela Corte é no mesmo sentido, apenas devendo-se levar em consideração também o estágio da gravidez, ante a proteção gradual e incremental do direito à vida pré-natal.

6) Referências bibliográficas

BEATRIZ GALLI e outros. Contribuição ao Comentário Geral n. 36 – Artigo 6: direito à vida. Disponível em
www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/Discussion/2015/AbrazilianPerspective.docx
Acesso em 22/10/2015

EDUARDO A. CHÍA e PAULO CONTRERAS. Análisis de la sentencia *Artavia Murillo y otros* (“Fecundación *in vitro*”) vs Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em



www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_12_1_2014/analisis_de_la_sentencia.pdf. Acesso em 20/10/2015.

JOSÉ ALBERTO ORTIZ. La Corte Interamericana no apoya el aborto. Disponível em <http://acento.com.do/2013/opinion/208786-la-corte-interamericana-no-apoya-el-aborto/> Acesso em 29/10/2015

LIGIA M. DE JESUS. The Inter-American Court on Human Rights' Judgment in *Artavia Murillo v. Costa Rica* and Its Implications for the Creation of Abortion Rights in the Inter-American System of Human Rights. Disponível em https://law.uoregon.edu/images/uploads/entries/De_Jesus.pdf Acesso em 24/10/2015

¹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf

² Parágrafo 296 da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*.

³ Parágrafo 208 da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*.

⁴ Artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

⁵ Artigo 6.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.”

⁶ Parágrafo 227 da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*.

⁷ Artigo 1 da Convenção Sobre os Direitos das Crianças: “*Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes.*”

⁸ Artigo 6.1 da Convenção Sobre os Direitos das Crianças: “*Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.*”

⁹ Parágrafo 237 da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*; transcrição de trecho do par. 84 do Caso Vo. Vs. França, (nº 53924/00), GC, Sentença de 8 de julho de 2004, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

¹⁰ Parágrafo 256 da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*.

¹¹ Parágrafo 260 da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*.

¹² Parágrafo 264 da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*.

¹³ www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/Discussion/2015/ABrazilianPerspective.docx

¹⁴ http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_12_1_2014/analisis_de_la_sentencia.pdf

¹⁵ https://law.uoregon.edu/images/uploads/entries/De_Jesus.pdf

¹⁶ <http://acento.com.do/2013/opinion/208786-la-corte-interamericana-no-apoya-el-aborto/>

¹⁷ <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565882>



A influência religiosa em confronto com os direitos reprodutivos das mulheres perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Religious influence In Relation To The Reproductive Rights Of women Before The Inter-American Commission on Human Rights

Luciano Morgado Guarnieri¹

Defensor Público do Estado de Minas Gerais, DPMG

Luciano.guarnieri32@gmail.com

RESUMO

A *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* possui uma função salutar para efetividade dos direitos humanos na América. Os casos levados à Comissão muita das vezes, tem obtido sucesso através de soluções amigáveis, buscando a conciliação entre vítima e Estado agressor. Tal resultado se deve a respeitabilidade alcançada pela Corte em seu ofício extremamente necessário à preservação dos Direitos Humanos por parte dos estados signatários no continente. O artigo mencionado traz a análise do caso, *Paulina Del Carmen Ramirez Jacinto Vs México*, o qual obteve sucesso no âmbito da Comissão Interamericana, através de solução amistosa entre as partes. O Estado Mexicano aceitou a culpa como descumpridor de diversos Tratados de Direitos Humanos no que tange aos direitos reprodutivos das mulheres, e em relação à violência em razão do gênero, bem como a ofensa direta a obrigatoriedade ao estado laico.

Palavras – Chave: Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Direito reprodutivo. Solução amistosa Paulina Del Carmen Ramirez Jacinto.

ABSTRACT

The Interamerican Commission of Human Rights possesss a function to salutar for effectiveness of the human rights in America. The cases taken to the Commission much of the times, has gotten success through friendly solutions, searching the conciliação between victim and aggressive State. Such result if must the respeitabilidade reached for the Cut in its extremely necessary craft to the preservation of the Human Rights on the part of the signatory states in the continent. The mentioned article brings the analysis of the case, Paulina Del Carmen Ramirez Jacinth versus Mexico, which got success in the scope of the Inter-American Commission, through friendly solution between the parts. The Mexican State accepted the guilt as descumpridor of diverse Treated to Human Rights in what it refers to to the reproductive rights of the women, and in relation to the violence in reason of the sort, as well as the direct offence the obligatoriness to the lay state.

Keywords: *Interamerican Commission of Human Rights. Reproductive right. Friendly solution Paulina Del Carmen Ramirez Jacinth.*



Introdução

O presente artigo busca pontuar o conflito apresentado perante a *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* onde, figurou de um lado a tutela dos Direitos Humanos e Fundamentais da Mulher, vítima de violência em razão do gênero, bem como o desrespeito aos seus direitos reprodutivos em face do Estado Mexicano que, atuou de forma confessional, ofendendo, dessa forma, o compromisso a laicidade estatal, com a indevida ação perpetrada através de seus agentes públicos.

Um dos maiores desafios enfrentados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos com certa frequência, esta na efetivação dos Direitos inerentes ao ser humano e a laicidade estatal nos estados da América Latina com forte influência católica.

O Estado eminentemente laico, por si só, garante a preservação dos Direitos Humanos, principalmente em casos semelhantes como o em tela.

O teor da situação fática apresentada demonstra claramente a ofensa direta aos tratados de direitos humanos. Os fatos referentes ao trâmite interno junto a *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, demonstra a eficiência do poder de conciliação da Comissão Interamericana realizando homologação do acordo entre as partes e, a importância do impacto que mencionado acordo representou junto ao Estado Mexicano.

Breve contexto histórico sobre o direito reprodutivo das mulheres

O que se pretende trazer nesse item do artigo é um breve retrospecto histórico, vindo à tona o papel feminino frente à família e o Estado, dialogando com questões de cunho político, social e filosófico envolvendo seus direitos.

Para que possa situar os direitos reprodutivos dentro da amplitude dos Direitos Humanos e demonstrar seu longo caminho travado, no qual “*a população fora vista, ora como um objeto de políticas coercitivas e ora, como sujeito de direitos e de políticas cooperativas*”. Devemos nos remeter a questões da cidadania moderna, como Corrêa, Jannuzzi e Alvim citam, oriundas de princípios iluministas.

A ativista Maria Brauner, em sua obra, *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*, relata que as mulheres passaram a ganhar espaço sobretudo, acerca da condição feminina perante o mundo, problemas oriundos a discriminação de gênero, após a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Essa mesma autora, ressalta ainda que, a “consciência de gênero”, isto é, a concepção da diferença entre os sexos e da necessidade feminina de lutar para seu reconhecimento igualitário, despontou no calor das revoluções burguesas entre as mulheres da Inglaterra e França, principalmente quando na Revolução Francesa, em 1789, época em que podem ser observadas as primeiras manifestações em prol dos direitos das mulheres, inspiradas nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, e que serviram de bases para o despontar do movimento feminista hodierno.



Diante dessa *consiência de gênero* apontada por Brauner o entendimento do senso comum é o da mulher assumindo um papel inferior, marginalizando, dessa forma, qualquer atitude sua emanada.

Ademais, vale denotar que tal submissão e marginalização possui origem bíblica, como a criação da figura feminina de uma costela do homem, a própria Igreja Católica Romana relata que:

(i) há um único padrão de família, a nuclear, formada por um homem e uma mulher e sua prole; (ii) a sexualidade só deve ser exercida para reprodução e, mesmo assim, dentro do casamento; (iii) qualquer tipo de contracepção é sempre mau e (iv) **o aborto provocado, até para salvar a vida de uma mulher, é sempre imoral. A vida sexual das pessoas, na visão da Igreja, não é um fim em si, senão um instrumento para, exclusiva, procriação. E, por fim, (v) as mulheres não são ordenadas ao sacerdócio, e permanecem excluídas de todas as funções de tomada de decisões** ². (destaque nosso).

Portanto, diante do breve contexto, os movimentos feministas no mundo inteiro, atuam com grande influência na atuação estatal, não de forma pacífica, pois existe o contraponto, diante da grande força exercida pela religião, porém, se propõe a discussão e, muitas das vezes, vencendo a influência prolecionista, promovendo dessa forma, a igualdade material com fundamento na dignidade da pessoa humana.

Relato da situação fática

O presente artigo analisa o caso Paulina Del Carmen Ramirez Jacinto *versus* o Estado do México, conforme informe nº 21/07 da *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (CIDH), o qual obteve solução amigável, publicada em 09 de março de 2007.

O caso em epígrafe fora apresentado na Comissão mediante petição em 08 de Março de 2002 na qual as peticionárias, a menor Paulina Del Carmen Ramirez Jacinto, em conjunto com sua genitora, requereram indenização por ato praticado pelo Estado Mexicano o qual violou os artigos referentes aos Direitos Humanos protegidos pelo *Pacto de San José da Costa Rica*, quais sejam: Artigos 1, 5, 7, 8, 11, 12, e 25³.

Na petição as organizações não governamentais ⁴ denunciaram o Estado mexicano pela violação dos artigos acima mencionados, pois a menor foi obstaculizada pelas autoridades estatais de exercer seu direito a interrupção gestacional, conforme permitido pela legislação mexicana, artigo 136, II do Código Penal de Baja Califórnia ⁵, bem como, o compromisso assumido pelo Estado Mexicano nos tratados de direitos humanos nos quais se comprometeu a cumpri-los de forma integral.

Conforme petição apresentada em 31 de julho de 1999, a menor Paulina, à época com 13 anos de idade, fora vítima de prática de estupro no interior de sua residência. O crime fora, ato contínuo, denunciado ao Ministério Público, em seu núcleo especializado em delitos sexuais e violência intrafamiliar do Estado Mexicano.



Na ocasião a menor, bem como sua genitora não foram informadas a respeito da existência de contraceptivos de emergência, logo a menor não fizera uso de medicamentos para impedir possível gestação indesejada.

A gestação ocorrera resultado da violência sofrida pela menor. Apesar do aborto ser permitido como citamos acima, em casos como esse, a menor não teve acesso a serviços de interrupção da gestação em rede pública de saúde por manifestação contrária de equipe profissional da rede pública e, principalmente em consequência da interferência indevida de grupos religiosos.

Tais grupos, de origem católica, juntamente com o Procurador de Justiça, contribuíram de forma significativa para que o procedimento não fosse realizado, conduzindo a mãe de Paulina a um sacerdote católico, mostrando para a mesma e para a menor Paulina, videos violentos de manobras abortivas, dizendo que os riscos da intervenção seria esterelidade, síndrome Asherman, hemorragia, perfuração uterina e morte, criminalizando caso houvesse morte a mãe de Paulina, ofendendo de forma expressa e literal o direito de escolha e de liberdade da vítima.

Os grupos religiosos possuem em torno de seus princípios e valores o direito de constituir suas próprias raízes e identidades, pois, fazem parte de uma sociedade democrática. Todavia, ao impor que todos adotem de forma oficial seus dogmas, inviabiliza qualquer possibilidade de diálogo e de alcançarmos uma sociedade pluralista num Estado de direito constitucionalmente laico.

Relato do trâmite interno perante a CIDH

O pedido foi apresentado à Comissão em 8 de março de 2002. Diante de comunicação datada de 4 de abril de 2002, a Comissão solicitou informações adicionais para as petionárias sobre o cumprimento dos requisitos estabelecidos na Convenção Americana e o seu regulamento interno.

Por comunicação no dia 1º de maio de 2002, as petionárias apresentaram a *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* as informações solicitadas, ato contínuo, A Comissão solicitou informações ao estado mexicano em 20 de maio de 2002, concedendo um prazo de dois meses para apresenta-las..

O Estado Mexicano, por comunicação datada de 22 de julho de 2002, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou uma prorrogação, que lhe foi concedida pela Comissão em 6 de agosto de 2002. A resposta do estado, recebida pela Comissão em 21 de agosto de 2002, foi colocada no conhecimento das petionárias em 3 de setembro de 2002 e começara as observações com fundamento na *Convenção Americana* bem como, no regulamento interno da Comissão.

As informações fornecidas mostram que as petionárias e o Estado reuniram-se em 20 de julho de 2004 a fim de chegar a uma possível solução amigável. Para este efeito, o estado mexicano disse que iniciaria a análise e a viabilidade da proposta apresentada pelas petionárias.



Foi apenas durante o 124º período ordinário de sessões da CIDH, na data de 8 de março de 2006, que as partes formalizaram o compromisso mediante assinatura do acordo.

Homologação do acordo a indenizações em favor da vítima

O Estado Mexicano reconheceu a violação aos direitos humanos no caso de *Paulina Del Carmen Ramírez Jacinto* e indenizou a vítima por danos morais no importe de US\$ 265.000,00.

Os gastos judiciais arcados pela vítima foram ressarcidos no importe de US\$ 60.000,00.

O Estado Mexicano entregou um computador com impressora e materiais escolares garantidos até o nível universitário.

O Estado Mexicano ainda se comprometeu a fornecer serviços de saúde à vítima e a seu filho por meio do Instituto de Segurança e Serviços Sociais dos Trabalhadores do Governo e Municípios do Estado da Baixa Califórnia.

O Estado também se comprometeu a fornecer atenção psicológica à vítima e à criança por meio dos especialistas do Centro de Saúde Mental da Secretaria de Saúde Mental da Secretaria de Saúde do Estado da Baixa Califórnia.

No relato da determinação de compatibilidade e cumprimento em seu item 18 a Comissão valoriza altamente os esforços feitos por ambos os lados para conseguir esta solução que é compatível com o objeto e a finalidade da Convenção. A CIDH repetidamente apontou que proteger e promover os direitos das mulheres, é uma prioridade para os Estados-membros da OEA, a fim de assegurar o gozo pleno e eficaz de seus fundamentais direitos, em particular a igualdade, a não discriminação e de viver livres da violência baseada no gênero.

Comprometimento do estado mexicano para evitar casos similares

O Estado Mexicano se comprometeu, além da esfera individual narrada caso do caso em epígrafe, a incentivar as propostas legislativas proporcionadas pelas organizações peticionárias, frente ao Congresso do Estado efetivando, dessa forma, algumas medidas, expostas abaixo:

1. Realizar uma pesquisa nacional de representação do Estado para avaliar a implementação do NOM-190 SSA1-1999 em cuidados de saúde na violência familiar, bem como os progressos na implementação do Programa Nacional de Prevenção e Tratamento da Violência Doméstica, sexual e contra a Mulher.
2. Atualize a referida norma oficial, para expandir seu objetivo e escopo e abordagem incluem explicitamente a violência sexual que ocorrem fora do ambiente familiar. Para este efeito, será disponibilizada aos peticionários o projecto de alteração à norma, para fazer as observações que considerem pertinentes ao Comitê Consultivo Nacional de Normalização de Controle e Prevenção de Doenças.
3. Desenvolver e entregar uma declaração do Ministério Federal de Serviços de Saúde para o setor de saúde do Estado e outras entidades, a fim de reforçar a garantia de não-repetição de violações de direito das mulheres ao aborto legal, mesmo a ser enviados mais tardar durante o segundo semestre março de 2006
4. Por meio do Centro Nacional para a Igualdade de Gênero e Saúde Reprodutiva conduzirá uma revisão de livros, artigos científicos indexados, teses de pós-graduação, e documentados relatórios de organizações



governamentais e civis sobre o tema do aborto no México, a fim de alcançar um diagnóstico informações existentes e identificar as lacunas na informação, que será entregue aos petionários em Novembro de 2006⁶.

Ademais vale ressaltar ainda o Pronunciamento Público de Responsabilidade firmado, qual seja:

Como parte deste acordo, o Governo da Baja Califórnia, apresenta a declaração pública reconhecendo que a falta de um quadro regulamentar adequado no estado sobre o aborto levou à violação dos direitos humanos de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto.

Com o acima exposto, fica estabelecido e plenamente reconhecida no momento da violação foi dada aos direitos humanos de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, o Estado de Baja California não dispõe de um quadro regulamentar adequado para o fato de que foi apresentado e Isso o impediu de exercer o direito reivindicado. Também deve ficar claro que esta prática não é política de Estado em Baja California.

Esta declaração visa também evitar a repetição de tais situações e é um sinal da profunda convicção do Governo de Baja California a respeitar as garantias individuais e sociais consagrados na Constituição e os direitos humanos consagrados nos tratados e convenções internacionais assinado pelo nosso país e confirma o seu compromisso de continuar a trabalhar duro na erradicação total das atividades ou práticas que violam os direitos humanos. Além disso, o Governo do Estado vai continuar a procurar implementar as reformas legais e administrativas para dar maior segurança jurídica e de segurança para os cidadãos na sua interação diária com autoridade⁷.

O fato de o Estado ter assumido um compromisso de solução amistosa que vai além das medidas de compensação individual, se faz interessante no sentido de tentar promover mudanças nas políticas públicas desenvolvidas, como, por exemplo, o estabelecimento de padrões procedimentais em casos de pedidos de interrupção de gestações decorrentes de violência sexual.

Além disso, chama atenção o compromisso estatal de revisar livros, artigos científicos, teses de pós-graduação e informes do governo e de organizações civis sobre aborto, a fim de melhor averiguar este problema no país⁸.

Impacto da decisão de homologação no Estado mexicano

Em 23 de outubro de 2008, no Estado de Baja Califórnia, México fora aprovada a alteração do Artigo 7º da Constituição do Estado, determinando que o Direito à Vida devesse ser garantido, desde o momento da concepção, violando dessa forma, várias obrigações em matéria de Direitos Humanos e de forma mais específica no que tange aos direitos reprodutivos das mulheres.

O procedimento de controle constitucional federal adotado pelo Estado Mexicano implica que toda reforma constitucional no âmbito dos Estados Federados envolvendo Direitos Humanos, deve ser apreciado pela Suprema Corte.

Tendo em vista que a Constituição Política dos Estados Unidos do México incorporam como normas constitucionais os direitos reconhecidos nos tratados internacionais de Direitos



Humanos, devem os mesmos, serem interpretados de forma mais ampla, gerando, desse modo, maior proteção possível, neste caso, maior proteção às mulheres.

Tal precedente em análise teve grande influência na decisão que declarou a inconstitucionalidade da norma mencionada em decisão proferida pela Suprema Corte mexicana. Essa decisão declarou que a lei do Estado da Baixa Califórnia ofendeu de forma direta os Tratados de Direitos Humanos, os quais o México é signatário. Considerando este precedente e o conteúdo da reforma constitucional da Baixa Califórnia, a Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal do México (CDHDF) declarou que se trata de uma prioridade garantir a eficácia dos direitos humanos das mulheres em exercício, bem como se faz necessário reconhecer que a realidade não respeita ainda, o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, em condições de igualitárias sem discriminações e livres de padrões estereotipados, tranformando-os em concepções incompatíveis com um estado laico e democrático⁹.

A decisão de inconstitucionalidade, declarada acima, está em conformidade com os tratados de Direitos Humanos os quais o Estado Mexicano é signatário, quais sejam: Convenção Americana sobre Direitos Humanos: à vida (artigo 4º), integridade pessoal (artigo 5º), igualdade perante a lei (artigo 24); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará): artigos 3º, 4º, 7º, 8º e 9º; Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de San Salvador): obrigação de não discriminação (artigo 3º) e direito à saúde (artigo 10); Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW).

Considerações Finais

O caso tratado nesse artigo possui enorme relevância no que tange a preservação dos direitos humanos das mulheres no que se relaciona aos direitos reprodutivos e a preservação das mulheres vítimas de violência em razão do gênero.

A atuação da Comissão Interamericana além de ser essencial para o ressarcimento em favor da vítima no caso concreto, gerou um comprometimento do Estado mexicano e, de certa forma vinculou a legislação interna desse estado à observância dos tratados de direitos humanos como norma constitucional.

No Brasil, infelizmente, ainda não há uma unanimidade na doutrina e na jurisprudência a respeito da natureza das normas de direitos humanos provenientes de tratados internacionais os quais o Brasil for parte.

Em nosso país existem teses das mais diversas, de nomes inusitados, como a invenção apresentada por norma supra legal. Tal norma teria força maior que a lei ordinária, mas inferior a norma constitucional.

A emenda constitucional 45 de 2004 acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo quinto da Constituição Federal e, determina 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”

Essa mencionada emenda deveria ser declarada inconstitucional, pois, de forma patente, e descabida, desrespeita diretamente todos os tratados de direitos humanos os quais o Brasil se comprometeu a cumprir a contento e principalmente a efetivar os direitos humanos em nosso território de forma integral, ou, ao menos de forma progressiva.

Nesse sentido, o Estado mexicano se fez exemplo para todos os outros estados americanos, admitindo a possibilidade de controle de constitucionalidade direto de lei estadual por ofensa aos tratados de direitos humanos, os quais o México seja parte.

A influência religiosa, principalmente a católica, ainda é muito forte na América Latina, motivo pelo qual, o aspecto moral é trazido ao debate de forma constante em confronto com direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

O conteúdo aberto e vago do princípio vetor, dignidade da pessoa humana, possibilita apropriações indevidas em seu nome.

Como bem menciona, Ingo Wolfgang Sarlet ¹⁰, *se faz necessária a secularização e universalização da dignidade pois, vivemos num contexto multicultural, e somente assim evitaremos uma concepção fundamentalista da dignidade.*

BIBLIOGRAFIA

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 230p.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe 21/07. Disponível em: < <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Mexico161.02sp.htm> > Acesso em: 06 outubro. 2015 às 20:30. (tradução livre).

CORRÊA, Sônia; JANUZZI, Paulo de Martino; ALVES, José Eustáquio Diniz. Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores. Disponível em: Acesso em: 07 outubro de 2015 às 02:41.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. Direitos Humanos das mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos / Tamara Amoroso Gonçalves. – Trad. De notas e citações Luciana Yonekawa. – São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Tamara Amoroso, Coord.; LAPA, Thaís de Souza. Aborto e religião nos tribunais brasileiros. / Coordenação de Tamara Amoroso Gonçalves. – São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade, 2008.

LIMA, Sarah Dayanna Lacerda Martins. Os Direitos Reprodutivos das Mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Uma análise dos casos admitidos entre 200 e 2013. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34044.pdf>>, acessado em: 06 de outubro de 2015 às 21:30.



NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Organização das Nações Unidas – ONU, 1948.

PEGORER, MAYARA ALICE SOUZA. A construção histórica dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Disponível em: <<http://aads.org.br/arquivos/HistoricoDSR.pdf>>, acessado em: 07 de outubro de 2015 às 2:10.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça internacional. Saraiva 4ª Edição. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da Dignidade. Livraria do Advogado segunda edição. Porto Alegre. 2013

¹ Defensor Público com atuação na área Criminal e Tribunal do Júri, pós-graduando em Direitos Humanos e acesso à justiça na FGVLaw SP

² Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806->. Acesso em: 07 outubro. 2015 às 03:15.

³ **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. **Artigo 5º** - Direito à integridade pessoal 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. 3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente. 4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem 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 de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados. **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 detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela. 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de 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 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. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada 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 um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à 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 obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a 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 transitada 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 11** - Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em 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 submetido a 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 apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

⁴ Centro de Derechos Reproductivos, Organización Alaida Foppa e Grupo de Información en Reproducción Elegida.

⁵ ARTICULO 136.- Aborto no punible.- El aborto no será punible: II.- Aborto cuando el embarazo es resultado de una violación o de una inseminación artificial.- Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación Congreso del Estado de B. C. Código Penal para el Estado de Baja California Página 46 artificial practicada en contra de la voluntad de la embarazada, siempre que el aborto se practique dentro del término de los noventa días de la gestación y el hecho haya sido denunciado, caso en el cual bastará la comprobación de los hechos por parte del Ministerio Público para autorizar su práctica.

⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe 21/07. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Mexico161.02sp.htm>> Acesso em: 06 outubro. 2015 às 20:30. (tradução livre).

⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe 21/07. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Mexico161.02sp.htm>> Acesso em: 06 outubro. 2015 às 20:30. (tradução livre).

⁸ LIMA, Sarah Dayanna Lacerda Martins. Os Direitos Reprodutivos das Mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Uma análise dos casos admitidos entre 200 e 2013. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34044.pdf>>, acessado em: 06 de outubro de 2015 às 21:30.

⁹ <http://www.portalfio.org/inicio/noticias/item/7346-m%C3%A9xico-df-derecho-de-las-mujeres-a-decidir-sobre-su-propio-cuerpo.html>

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da Dignidade. Livraria do Advogado segunda edição. Porto Alegre. 2013. Pág. 18.



Nacionalidade e Direitos Humanos: as condenações da Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a República Dominicana num contexto de antihaitianismo

Nationality and Human Rights: the convictions of the Inter-American Court of Human Rights against the Dominican Republic in an antihaitianism context

Valéria Corrêa Silva Ferreira

*Defensora Pública do Estado de São Paulo
Pós-graduanda em Direitos Humanos e Acesso à Justiça
vferreira@defensoria.sp.gov.br*

Resumo

O trabalho tem como objetivo questionar se a nacionalidade é pressuposto de realização dos direitos humanos, a partir de uma análise do tratamento estatal discriminatório conferido a pessoas de origem haitiana na República Dominicana. Após expor brevemente as origens e perspectivas do antihaitianismo, passa-se à análise das decisões da Corte Interamericana contra a República Dominicana, finalizando com reflexões críticas acerca da ambivalência da nacionalidade, porquanto ao mesmo tempo que visa à proteção estatal, pode ser manipulada pelo Estado em seu exercício de soberania estatal para dispensar tratamento discriminatório aos não nacionais.

Palavras-chave: Nacionalidade. Direitos humanos. Antihaitianismo.

Abstract

This essay aims to question whether nationality is a presupposition of realization of human rights, based on an analysis of the discriminatory state treatment granted to people of Haitian origin in the Dominican Republic. After briefly describing the origins and perspectives of anti-Haitianism, we proceed to analyze the decisions of the Inter-American Court against the Dominican Republic, ending with critical reflections on the ambivalence of nationality, since at the same time it aims at state protection, it can be manipulated by the State In its exercise of state sovereignty to provide discriminatory treatment to non-nationals.

Keywords: Nationality. Human rights. Anti-Haitianism.



1. Introdução

O presente trabalho visa refletir sobre a proteção, garantia e promoção dos direitos humanos à luz da nacionalidade numa perspectiva dual, isto é, sendo esta uma fonte de direitos e um fator de discriminação que implica na violação de direitos.

A análise tem como objeto as três condenações do Estado da República Dominicana perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos que dizem respeito ao tratamento conferido a pessoas dominicanas de origem haitiana, bem como a nacionais haitianos.

Inicialmente, expõe-se o contexto histórico em que se inserem as violações, chamando atenção para a ideologia do antihaitianismo que predomina na sociedade dominicana e reflete no tratamento estatal aos haitianos e seus descendentes.

Num segundo momento, aborda-se o *Caso das Crianças Yean e Bosico* e o *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsas*, enfocando o direito à nacionalidade dos dominicanos nascidos em território da República Dominicana e que, por serem descendentes de haitianos, tiveram esse direito negado, tornando-se apátridas.

Por fim, aborda-se as consequências da falta de nacionalidade para uma pessoa à luz dos ensinamentos de Hannah Arendt e, em contrapartida, como a identificação de direitos humanos como direitos das nações é limitada para uma efetiva proteção da pessoa humana.

2. “Antihaitianismo”: breve contexto das violações aos direitos humanos na República Dominicana

Na República Dominicana, os vizinhos haitianos – povo negro vindo do país com o pior IDH das Américas - não são bem-vindos. O mesmo vale para os dominicanos de ascendência haitiana. Entretanto, não são apenas indesejados; são também tratados como se suas vidas tivessem menos valor que a de outros seres humanos; como se tivessem menos direitos, ou como se não tivessem direitos.

Na década de 20, fugindo das péssimas condições socioeconômicas do Haiti, milhares de haitianos migraram para a República Dominicana para trabalhar como cortadores de cana-de-açúcar nas lavouras. Muitos passaram a viver de forma permanente no país e constituíram famílias que hoje já estão em sua terceira geração. Desde então, pessoas haitianas cruzam a fronteira do país vizinho para laborar não apenas na indústria agrícola, como em outras áreas, e se sujeitam a salários irrisórios e a péssimas condições de trabalho, aos quais a maioria dos dominicanos não está disposta a se submeter (Anistia Internacional, 2007, p. 2).

Até meados da década de 80, a República Dominicana tinha um acordo com o Haiti para que este lhe enviasse trabalhadores braçais para as lavouras de cana-de-açúcar, já que grande parte da produção açucareira era estatal (Comision Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p. 57). Em contraprestação, o país exportador de mão-de-obra muito barata recebia dinheiro por cada pessoa enviada ao recrutador. A última tratativa dessa espécie teria ocorrido em 1986, quando foram enviados cerca de dezenove mil haitianos (Anistia



Internacional, 2007, p. 03). Depois disso, a diáspora haitiana irregular passa a ser mais acentuada.

Os trabalhadores haitianos e seus familiares se instalavam em precários barracões no entorno das plantações de cana, que formavam verdadeiros assentamentos humanos denominados *bateyes*. Com o tempo, alguns barracos foram sendo substituídos por casas de cimento e formaram comunidades permanentes. Ainda hoje, *bateyes* são os lugares onde vivem as famílias de ascendência haitiana, desprovidas dos serviços públicos mais básicos, quase inexistentes (Anistia Internacional, 2007, p. 03).

Ao final da década de 80, a economia da República Dominicana começou a passar por transformações, porquanto a agricultura deixava de ser sua base principal com o desenvolvimento do setor de serviços e do turismo (Anistia Internacional, 2007, p. 04). Com efeito, os imigrantes haitianos passam a ocupar outros espaços a se inserir cada vez mais no ambiente urbano. A imigração haitiana, então, ganha maior visibilidade e, conseqüentemente, emerge como fator de incômodo para os dominicanos.

Se antes a maioria dos haitianos estava escondida nos *bateyes* rurais e açucareiros, já no início dos anos 90 ocuparam postos de trabalho nas cidades, como na construção civil, e elevaram o volume da imigração (PNUD, 2005, p. 127). Simultaneamente, a política de imigração da República Dominicana torna-se seletiva e implacável frente aos nacionais haitianos.

Segundo o Informe Nacional de Desenvolvimento Humano da República Dominicana do ano 2005, das Nações Unidas, os haitianos e seus descendentes vivem em extrema pobreza, são tratados como subproletariados e submetidos a uma tríplice exclusão: socioeconômica, sociopolítica e por seu modo de vida. Enfrentam um ambiente político e social extremamente hostil e discriminatório, que os marginalizam (PNUD, 2005, p. 141).

De recrutados, passaram a intrusos. Não apenas os novos imigrantes, mas também os filhos e netos dos primeiros haitianos que migraram para a República Dominicana. Mesmo aqueles nascidos e vividos no país, que deveriam ser considerados dominicanos, são agora repelidos por sentimentos xenofóbicos e têm seus direitos negados.

Os dominicanos ignoram a influência da cultura haitiana em sua organização política e social e as transformações dela decorrentes. Por conseguinte, não a reconhece como parte da identidade coletiva nacional, pois esta seria hierarquicamente superior à haitiana. Além disso, um estudo da Organização Internacional para as Migrações e da Faculdade Latino-americana de Ciências Sociais, apontou que 65,5% dos haitianos entrevistados se relacionam primordialmente com haitianos; 71,2% disseram terem sido ofendidos por dominicanos devido a sua origem, e 15,6% já foram devolvidos ao Haiti alguma vez (PNUD, 2005, p. 155).

Os dominicanos nacionalistas se reconhecem como “hispanos”, em referência à colonização espanhola, e qualificam os haitianos como “negros”, enfatizando a distância racial e cultural entre os países – o que não espanta, já que o racismo reforçou a ideologia da polícia imperialista desde o início do século XX (Arendt, 2012, p. 233). Muitos defendem que todas as pessoas negras são haitianas ou têm sangue haitiano (Human Rights Watch, 2002, pp. 09-10). A presença de um nacionalismo de caráter autoritário e “antihaitiano” nega o elemento africano



como componente do hibridismo dos dominicanos, por associarem-no erroneamente ao Haiti (PNUD, 2005, p. 153).

A sociedade dominicana é dividida e excludente, e tudo isso reflete na forma como o Estado trata os haitianos e domínico-haitianos. Esse sentimento de antagonismo e superioridade em relação aos haitianos, que permeia a cultura, as falas cotidianas e até a educação pública, somado a uma política estatal discriminatória que se arrasta desde o governo do General Rafael Trujillo ao final da década de 30 - responsável pelo extermínio em massa de haitianos - é a ideologia do “antihaitianismo” (Sagás, 1993).

O antihaitianismo se manifesta por múltiplas formas de totalitarismos e tem um inegável ânimo racista, o qual - como bem destaca Hannah Arendt numa análise sobre essa base ideológica no cenário europeu - nega “o princípio da igualdade e solidariedade de todos os povos, garantido pela ideia de humanidade” (Arendt, 2012, p. 236).

O resultado, por óbvio, é negação dos direitos humanos a essa parcela de pessoas oprimidas e estigmatizadas. Dentre as violações, que decorrem de um tratamento discriminatório, estão a privação do direito à nacionalidade à privação arbitrária da vida, já apreciadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3. Dominicanos, ainda que indocumentados: o direito à nacionalidade

Violeta queria ser a primeira de sua família a ir à universidade; Dilcia queria ser advogada para ajudar as pessoas. Talvez o maior desafio para alcançar o sonho dessas duas crianças negras que viviam nos *bateyes*, filhas de mães dominicanas, pais haitianos, e netas de avós maternos haitianos, era conseguir sua existência legal: ter um registro de nascimento.

No ano de 2005, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu sentença condenatória em face da República Dominicana porque essas duas então crianças, Dilcia Yean e Violeta Bosico, foram impedidas de obterem suas certidões de nascimento, o que lhes negou dignidade e acarretou na violação de diversos direitos protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Trata-se do “*Caso das Crianças Yean e Bosico*”, que é representativo do problema de um grupo vulnerável de milhares de dominicanos com ascendência haitiana - nacionais dominicanos por direito, ainda que indocumentados. A Corte considerou que o Estado violou, dentre outros, o direito à nacionalidade.

Na época do nascimento de Yean e Bosico, vigorava a Constituição da República Dominicana de 1994, que considerava nacionais todas as pessoas nascidas em seu território, exceto os filhos de estrangeiros em serviços diplomáticos ou consulares, ou daqueles que se achassem em trânsito no país. O Estado, a seu turno, que exigia inúmeros documentos para registrar o nascimento de alguém nascido no país, negava a nacionalidade a descendentes de haitianos sob o desproporcional argumento de que seus ascendentes estariam em trânsito, mesmo que décadas tenham se passado desde que chegaram ao país.

No julgamento do Caso, a Corte Interamericana rechaçou o argumento estatal e enfatizou que: 1) “o *status* migratório de uma pessoa não pode ser condição para a concessão da



nacionalidade por parte do Estado, já que sua qualidade migratória não pode constituir, de nenhuma forma, uma justificativa para privá-la do direito à nacionalidade nem do gozo e do exercício de seus direitos”; 2) “o *status* migratório de uma pessoa não se transmite a seus filhos”; 3) “a condição de nascimento no território do Estado é a única a ser demonstrada para a aquisição de nacionalidade, no que se refere a pessoas que não teriam direito a outra nacionalidade, se não adquirem a nacionalidade do Estado onde nasceram” (Caso das Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana, 2005, pp. 60, par. 156).

A nacionalidade é um direito humano instrumental, já que permite o exercício e a titularidade de outros direitos, previsto no artigo 20 da Convenção Americana de Direitos Humanos. É também inderrogável por expressa previsão convencional do artigo 27.2, isto é, não pode, em hipótese alguma, ser suspenso, o que lhe confere imprescindibilidade.

Dado a sua importância e para evitar apátridas, a Convenção prevê a aquisição pelo critério do *jus solis* caso a pessoa não tenha direito ao vínculo com outro Estado. Em igual sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos prevê o direito das crianças a uma nacionalidade, inclusive lugar de seu nascimento, o que ressalta o dever dos Estados de prevenir, evitar e reduzir a apatridia. Diante tais fundamentos jurídicos, sob nenhum aspecto poder-se-ia considerar válida a postura da República Dominicana de negar a nacionalidade às pessoas que ali nasceram com base na condição migratória de seus ascendentes.

A condenação da justiça internacional, contudo, não foi suficiente, porquanto as violações da mesma natureza não apenas continuaram, como se intensificaram e tomaram outras proporções. No ano de 2010, a Constituição da República Dominicana foi alterada e acrescida de uma terceira exceção ao critério do *jus solis* para aquisição da nacionalidade. Com a nova redação, que ainda está vigente, embora nascidos no território dominicano, os filhos de estrangeiros que se encontram em situação irregular, não são nacionais.

A contradição do novo regramento constitucional com a decisão proferida no caso Yean e Bosico é cristalina, uma vez que a Corte já havia sido enfática no sentido de que a “situação ilícita” dos pais – que muitas vezes são apátridas - não tiraria dos filhos o direito de serem nacionais do país em que nasceram. A despeito disso, no ano de 2013, o Tribunal Constitucional da República Dominicana proferiu a sentença n. 0168, que não só confirmou a validade da nova exceção ao *jus solis*, como firmou um marco no retrocesso à proteção dos direitos humanos.

O Tribunal Constitucional entendeu que desde 1929, todas as Constituições Dominicanas anteriores previam que os filhos de “estrangeiros em trânsito” não seriam nacionais. Asseverou que o referido termo não se confundia com os “estrangeiros transeuntes”, e alcançaria sim os filhos daqueles que permaneceram no país sem permissão de residência.

Mesmo sem referência explícita nesse sentido nas Constituições anteriores a 2010, o Tribunal Constitucional decidiu, portanto, que a partir de 1929, as pessoas nascidas em território dominicano, cujos pais eram estrangeiros irregulares, não teriam direito à nacionalidade dominicana. Como fundamento, sustentou que “resulta juridicamente inadmissível fundar o nascimento de um direito a partir de uma situação de ilícita de fato” (Sentença TC/0168, 2013, p. 66).



A decisão ainda foi além: em seu quinto ponto resolutivo, ordenou que fosse efetuada minuciosa revisão dos registros de nascimento desde 1929, a fim de se elaborar uma lista de “estrangeiros irregularmente inscritos”. Não bastasse negar a nacionalidade a diversas pessoas nascidas no país, a sentença do Tribunal Constitucional significou também a desnacionalização de milhares de dominicanos, que agora tornaram-se apátridas.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR -, ressalta que a apatridia pode ocorrer como resultado da “marginalização prolongada de grupos específicos dentro da sociedade” (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 2014, p. 05). É o que ocorre na República Dominicana, onde as pessoas descendentes de haitianos que lá nasceram e construíram suas vidas, falam a língua do país, internalizaram seus costumes e não possuem qualquer vínculo com o Haiti, não são reconhecidas pelo Estado como nacionais. Sendo apátridas, não têm existência formal e são desprovidas de outros direitos.

A História dos Direitos Humanos nos mostra que esse artifício totalitário da desnacionalização em massa não é pioneirismo da República Dominicana e tem raízes antigas. Como lembra Celso Lafer, esse cancelamento massivo da nacionalidade por motivos políticos foi observado com o governo soviético em 1921, por exemplo em relação aos russos que abandonaram seu país após a Revolução, e também utilizado posteriormente pelo nazismo alemão em 1933, no tocante aos judeus (Lafer, 1988, p. 198). Em pleno século XXI, portanto, a República Dominicana repete essa histórica violação aos direitos da humanidade com um objetivo claro: excluir pessoas de origem haitiana de sua proteção.

Essa apatridia em massa chegou à Corte Interamericana, uma vez que já antes mesmo antes da oficialização da medida pelo Tribunal Internacional, pessoas dominicanas indocumentadas vinham sendo expulsas de seu próprio país. Trata-se do “*Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*”.

Na ocasião, a República Dominicana foi novamente condenada pela violação do direito à nacionalidade, como também àqueles direitos que seriam dela decorrentes: personalidade jurídica, nome, identidade, liberdade pessoal, circulação e residência, proteção da honra e da dignidade. A Corte reafirmou os fundamentos da sentença do Caso Yean e Bosico e rechaçou a validade da alteração constitucional de 2010, bem como a decisão do Tribunal Constitucional n. 0168/2013, asseverando que o Estado violou seu dever de adotar disposições de direito interno.

A Corte Interamericana, como última intérprete da Convenção Americana, assinalou que o direito à nacionalidade tem um duplo aspecto, isto é, “dotar o indivíduo de um mínimo de amparo jurídico no conjunto de relações, ao estabelecer sua vinculação com um Estado determinado”, e também “proteger o indivíduo contra a privação de sua nacionalidade de forma arbitrária, porque desse modo estaria lhe privando da totalidade de seus direitos políticos e daqueles direitos civis que sustentam na nacionalidade” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2014, pp. 90, par. 254).

Nesse contexto, é certo que as pessoas nascidas na República Dominicana, ainda que indocumentadas, são nacionais dominicanos, que merecem igual tratamento e proteção legal. Não obstante, sem reconhecimento formal desse direito, ou seja, sendo pessoa apátrida, “é irrelevante que ela seja titular de direitos humanos natos e inerentes à sua dignidade, uma vez



que ela simplesmente não pode efetivá-los” (Lisowski, 2012, p. 119). Emerge, então, o dilema da igualdade - ou da diferença - dominicana: em “defesa” dos nacionais de direito (dominicanos), os nacionais de fato (domínico-haitianos indocumentados), assim como os estrangeiros irregulares (haitianos), são tratados como se não fossem titulares de direitos humanos.

4. Direitos humanos *versus* direitos das nações

A falta de uma nacionalidade vulnera de sobremaneira a existência humana, fazendo com que o apátrida seja tratado como se não tivesse direitos. A afirmação parece contrariar a ideia de universalidade e inalienabilidade desses direitos, que deveriam alcançar toda e qualquer pessoa, independentemente de seu *status* político. Hannah Arendt, contudo, explica o paradoxo: a positivação dos direitos humanos implicou na proteção da pessoa humana mediante um Estado, e sem pertencer a uma nação, não haveria salvaguarda desses direitos.

Em que pese a importância da positivação dos direitos humanos, que se inicia com a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão ao final do século XVIII e marca o universalismo e inalienabilidade, Hannah Arendt destaca que, por si só, a existência de convenções internacionais não é suficiente para proteger o ser humano, porquanto abstratamente considerado fora de uma comunidade, sendo que desde a Revolução Francesa, a humanidade foi sendo reconhecida cada vez mais como “povo”, representante do homem, e não como indivíduo (Arendt, 2012, p. 396). Com isso, refuta com toque aristotélico a ideia de igualdade natural entre os homens: “não nascemos iguais; tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de garantirmo-nos direitos reciprocamente iguais” (Arendt, 2012, p. 410).

Se os direitos humanos nascem como inalienáveis porquanto independeriam de uma nacionalidade, a experiência mostraria o contrário: se os seres humanos não tivessem um governo próprio, não teriam nenhuma autoridade ou instituição para protegê-los e garanti-los. Daí a conclusão de que “a perda de direitos nacionais era idêntica à perda de direitos humanos, e que a primeira levava à segunda” (Arendt, 2012, p. 397).

A importância – ou necessidade – de se pertencer a uma comunidade política decorre do fato de que a humanidade foi se desenvolvendo enquanto uma “família de nações”, e alcançou um estágio em que uma pessoa expulsa de uma dessas comunidades, é expulsa da própria humanidade (Arendt, 2012, pp. 399-400).

Fora de um Estado, protetor ou opressor, o apátrida é um nada pela ausência de nacionalidade, a ponto de Hannah Arendt afirmar que até mesmo a condição de quem pratica um crime e é punido pelo poder estatal, lhe confere mais direitos e, portanto, é melhor que o *status* de não cidadão. Isso porque, o criminoso é privado apenas de seu direito à liberdade, mas mesmo nessa situação de privação de direitos, ninguém dirá que ele perdeu seus direitos humanos, ao contrário do apátrida, para quem não há sequer leis e ninguém que lhe dê importância (Arendt, 2012, p. 402).



O pensamento arendtiano é atualíssimo na compreensão do fenômeno da apatridia na República Dominicana, onde o tratamento conferido aos não cidadãos de origem haitiana evidencia a vulnerabilidade daqueles que não são parte de uma comunidade política. É verdade que lá, a negação do direito à nacionalidade ou sua privação posterior arbitrária tem um pressuposto claro: a discriminação e tratamento xenofóbico a que estão submetidos os haitianos e seus descendentes - assim como na Alemanha nazista tratavam-se os judeus, que perderam a nacionalidade “não pelo que fizeram, mas simplesmente pelo eram” (Lafer, 1988, p. 200). Mas a nacionalidade - ou melhor, a falta dela – é o pretexto para tratá-los com preconceito e justificar a violação de direitos humanos de maneira institucionalizada.

No “*Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*” foi constatado que o Estado expulsou coletivamente (o que é vedado pela Convenção Americana no art. 22.9) e sem o devido processo legal, pessoas de origem haitiana, mesmo que nacionais dominicanos, porquanto foram expatriados e, portanto, não seria mais cidadãos.

A expulsão coletiva, por si só, já expressa elevada carga discriminatória, porquanto dirigida a um grupo específico, sem considerar os direitos individuais de cada pessoa, daí porque proibida pela Convenção Americana. Não bastasse ser expulso “sem o devido processo legal”, nesse caso não significou apenas falhas no procedimento de expulsão; é dizer que muitas vezes, sequer houve procedimento formal instaurado, e várias formas de violência contra os direitos humanos foram praticadas.

Para não serem oficialmente nacionais, pessoas dominicanas tiveram seus documentos pessoais destruídos por agentes estatais para que não pudessem provar o vínculo jurídico com a República Dominicana. E *por* não serem oficialmente nacionais, tantas outras foram detidas em suas residências em plena madrugada e obrigadas a entrar em um ônibus, viajar longas horas mal acomodadas e sem comida, para então serem deixadas em solo haitiano, que muitas vezes lhes era totalmente desconhecido; expulsas sem que pudessem sequer levar seus pertences pessoais; privadas da liberdade sem ordem judicial e não por cometerem crime ou para o regular procedimento migratório, mas por suas origens, e por não serem consideradas membros da nação.

A Corte Interamericana reconheceu que as pessoas foram privadas da liberdade e sistematicamente expulsas por suas características físicas, por pertencerem a um grupo específico: haitianos, nascidos ou não na República Dominicana. Uma vez expulsos, esses dominicanos indocumentados passaram à condição de “estrangeiros em todos os países” (Lafer, 1988, p. 191), e assim, sendo estranhos no território dominicano, poderiam ter seus direitos violados.

Hannah Arendt chama atenção para a indiferença que os apátridas estão submetidos, afirmando que sua situação angustiante resulta “não de serem oprimidos, mas de não haver ninguém mais que se interesse por eles, nem que seja para oprimi-los”, e ressalta na sequência que só num último estágio, quando permanecem supérfluos, seu direito à vida é ameaçado (Arendt, 2012, p. 402). Não obstante, atualmente o debate acerca da nacionalidade nos coloca diante de problemas que superam a apatridia e dizem respeito não apenas a essa indiferença,



mas justamente ao conflito entre nações, que acabam por reificar o estrangeiro tão somente por sua condição de não cidadão.

O “*Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*” também evidencia a discriminação e violência explícitas a que são submetidos os não cidadãos. Trata-se da história de um grupo de cerca de trinta nacionais haitianos, incluindo uma grávida e uma criança, que cruzaram a fronteira do Haiti com a República Dominicana num caminhão, cobertos por uma lona, sem autorização para a travessia.

Agentes militares teriam iniciado uma perseguição contra o veículo e proferido vários disparos de arma de fogo, inclusive com fuzil, cientes do transporte de pessoas. Durante o tiroteio, um indivíduo foi alvejado e seu corpo teria caído no chão, e mesmo assim, os tiros continuaram de maneira indiferente, deixando outros mortos e feridos.

O caminhão teria capotado e várias pessoas saído correndo pelo desespero da situação. Os militares teriam chegado ao local do acidente e novamente disparado tiros contra os migrantes aflitos. Alguns haitianos teriam sido fuzilados e executados sumariamente quando tentavam sair da cena. Os sobreviventes, que posteriormente foram detidos, teriam sido obrigados a levantar o caminhão e separar mortos e feridos, que não teriam recebido um tratamento médico adequado, embora tenham sido levados a um hospital. Os falecidos haitianos, por sua vez, foram enterrados numa fossa comum, sem que os familiares sequer soubessem onde os restos de seus entes estariam.

Esse encadeamento de arbitrariedades expostos em ambos os julgamentos perante a Corte Interamericana, decorre de uma concepção estatal discriminatória contra estrangeiros, que desconstrói a ideia do ser humano como um fim em si mesmo.

Luigi Ferrajoli lembra que desde a Revolução Francesa e até a Declaração Universal de 1948, sempre houve uma dissociação entre direitos da “pessoa” e do cidadão, entretanto, isso só se torna um problema quando os países ocidentais são “ameaçados” pela pressão migratória e, então, o universalismo normativo dos direitos humanos é renegado (Ferrajoli, 2011, p. 33). O professor italiano ressalta que essa ideia de direitos dos “cidadãos” colide frontalmente com os direitos universais:

A cidadania, se internamente representa a base da igualdade, externamente age como privilégio e como fonte de discriminação contra os não-cidadãos. A ‘universalidade’ dos direitos humanos resolve-se, conseqüentemente, numa universalidade parcial e de parte: corrompida pelo hábito de reconhecer o Estado como única fonte de direito e, portanto, pelos mecanismos de exclusão por estes desencadeados para com os não-cidadãos; e, ao mesmo tempo, pela ausência, também para os próprios cidadãos, de garantias supra-estatais de direito internacional contra as violações impunes de tais direitos, cometidas pelo próprios Estados (Ferrajoli, A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional, 2002, pp. 35-36).

A nacionalidade existe para proteger o cidadão, numa perspectiva inclusiva dentro de uma comunidade política. O que se vê, todavia, é uma lógica exclusiva, isto é, de excluir em absoluto da proteção estatal os estrangeiros, que por essa característica, são repelidos e tratados como se não fossem igualmente titulares de direitos. Em suma, o Estado escolhe quem têm



direitos, e não se trata apenas de impor óbices legais para restringir de forma seletiva quem é nacional, mas de negar a própria condição humana.

Tudo isso revela a dupla face da nacionalidade: se por um lado esse direito garante proteção aos nacionais, por outro, é utilizada não pelos Estados ditos soberanos como fundamento para a discriminação e legitimação de violações institucionalizadas contra os que não são cidadãos.

Por traz da nacionalidade, na perspectiva do Estado da República Dominicana, existe não o direito do indivíduo de ser nacional e, portanto, protegido, mas, principalmente, existe o poder soberano estatal que chancela o tratamento dos não cidadãos como objetos, sem enxergá-los como sujeitos de direitos.

Os direitos humanos implicam na relatividade da soberania nacional. Segundo assentado na Opinião Consultiva n. 18/2003, embora os Estados sejam livres para distinguirem (e não discriminarem) nacionais e estrangeiros, têm em contrapartida, a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos sem discriminação, consoante art. 1 da Convenção Americana. Ainda, ressaltou que o princípio fundamental da igualdade e não discriminação tem caráter de *jus cogens* no Direito Internacional.

Nesse sentido, como bem alerta Ferrajoli, os direitos humanos precisam ser desancorados da cidadania, que seria o último privilégio de *status* que ainda permanece no direito moderno, reconhecendo seu caráter supraestatal para garanti-los não só dentro, como também fora e contra os Estados (Ferrajoli, 2002, p. 58). Daí porque a “antinomia entre igualdade e cidadania, entre universalismo dos direitos e seus limites estatais”, será resolvida com a efetiva “desnacionalização dos direitos fundamentais e a correlativa desestatização da nacionalidade” (Ferrajoli, 2011, p. 33).

Se é verdade que o Estado protege o indivíduo por pertencer à sua comunidade política, essa identificação dos direitos humanos como direitos das nações também revela uma crise humanitária que demonstra a necessidade de reafirmação da pessoa humana enquanto valor em si mesmo.

Trata-se de um dilema sobre alteridade, e a República Dominicana o reflete perfeitamente com sua ideologia do antihaitianismo, na perspectiva do que diz Luigi Ferrajoli: “assim como a igualdade nos direitos gera o sentido da igualdade baseada no respeito do outro como igual, a desigualdade nos direitos gera a imagem do outro como desigual, ou seja, inferior antropologicamente, porque inferior juridicamente” (Ferrajoli, 2011, p. 35). Portanto, é preciso pensar os direitos humanos além de fronteiras, além de nações.

5. Considerações finais

A trajetória de afirmação dos direitos humanos culmina, cada vez mais, não com a expansão de tais direitos, mas com sua proteção limitada a um determinado Estado, especialmente em tempos de pressões migratórias, tal qual ocorre na República Dominicana, cuja presença de domínico-haitianos e haitianos é violentamente reprimida.



A República Dominicana foi condenada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos em três diferentes casos, mas todos iguais no que tange à temática principal: o conflito de nacionalidade no tocante a pessoas de origem haitiana, que são profundamente discriminadas e tratadas como desiguais.

Passados quase dez anos desde a primeira condenação no *Caso das Crianças Yean e Bosico*, veio novo julgamento em repreensão ao Estado no *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, pelo fato de negar e violar direitos dos dominicanos descendentes de haitianos, bem como de nacionais haitianos. Os problemas apontados transcendem o fato de alguém não ter uma nacionalidade e alcançam a esfera de perceber o outro como não titular de direitos porque é estrangeiro.

Isso demonstra a fragilidade de uma cultura de direitos humanos e a dificuldade de mesmo diante da jurisdição internacional, os Estados curvarem-se a uma ausência de soberania nacional absoluta. Em pleno século XXI e após a ruptura com os valores humanitários representada pelo nazismo alemão, os direitos humanos são identificados como direitos dos cidadãos, o que implica em tratar pessoas como sendo supérfluas e objetos.

Por tudo isso, embora a nacionalidade seja um direito importante para garantir direitos, o ser nacional não pode se sobrepor ao ser humano, que deve ter respeito por essa condição perante todo e qualquer Estado. É preciso pensar os direitos humanos além da tríade Estado-Povo-Território; dar mais importância à humanidade, e menos à nação.

Referências Bibliográficas

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. (2014). Nacionalidade e Apatridia: Manual para Parlamentares n. 22.

ANISTIA INTERNACIONAL. (2007). *Vidas en tránsito: la difícil situación de la población migrante haitiana y de la población dominicana de ascendencia haitiana*.

ARENDDT, H. (2012). *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso das Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana (Corte Interamericana de Direitos Humanos 08 de setembro de 2005).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (Corte Interamericana de Direitos Humanos 28 de agosto de 2014).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2015). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana*. OEA.

FERRAJOLI, L. (2002). *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes.



FERRAJOLI, L. (2011). *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

HUMAN RIGHTS WATCH. (2002). *"Personas Ilegales": Haitianos Y Dominicano-Haitianos En La República Dominicana*.

LAFER, C. (1988). *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras.

LISOWSKI, T. R. (2012). A Apatridia e o "Direito a ter Direitos": Um Estudo sobre o Histórico e o Estatuto Jurídico dos Apátridas. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, n. 3, 109-134.

PNUD. (2005). *Informe Nacional de Desarrollo Humano, República Dominicana 2005*.

Sagás, E. (1993). *A Case of Mistaken Identity: Antihaitianismo in Dominican Culture*.
Fonte: <http://faculty.webster.edu/corbetre/haiti/miscopic/dominican/antihaiti.htm>

Sentença TC/0168 (Tribunal Constitucional da República Dominicana 23 de setembro de 2013).

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-92898-06-9



9 788592 898069

