



CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SEUS IMPACTOS NA AMÉRICA LATINA

Coordenadores
DANIEL WUNDER HACHEM
LUISA FERNANDA GARCÍA LÓPEZ
FELIPE KLEIN GUSSOLI



PROGRAMA DE
PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO



EDITORA ÍTHALA

CONSELHO EDITORIAL

Ana Claudia Santano – Professora do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil. Pós-doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha.

Daniel Wunder Hachem – Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e mestre em Direito do Estado pela UFPR. Coordenador Executivo da Rede Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

Emerson Gabardo – Professor Titular de Direito Administrativo da PUC-PR. Professor Associado de Direito Administrativo da UFPR. Doutor em Direito do Estado pela UFPR com Pós-doutorado pela Fordham University School of Law e pela University of California - UCI (EUA).

Fernando Gama de Miranda Netto – Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro. Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense e membro do corpo permanente

do Programa de Mestrado e Doutorado em Sociologia e Direito da mesma universidade.

Ligia Maria Silva Melo de Casimiro – Doutora em Direito Econômico e Social pela PUC-PR. Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Professora de Direito Administrativo da UFC-CE. Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo - ICDA. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA e coordenadora Regional do IBDU.

Luiz Fernando Casagrande Pereira – Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador da pós-graduação em Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Autor de livros e artigos de processo civil e direito eleitoral.

Rafael Santos de Oliveira – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e graduado em Direito pela UFSM. Professor na graduação e na pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Coordenador do Curso de Direito e editor da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global e da Revista Eletrônica do Curso de Direito da mesma universidade.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

C827 Corte americana de direitos humanos e seus impactos na América Latina / coordenação de Daniel Wunder Hachem, Luisa Fernanda García López, Felipe Klein Gussoli – Curitiba: Íthala, 2020.
688p.; 22,5cm

Vários colaboradores
ISBN: 978-65-5765-043-1

1. Direitos humanos - Europa. 2. Direitos humanos – América Latina. 3. Direitos humanos – Cortes internacionais. I. Hachem, Daniel Wunder (coord.). II. García López, Luisa Fernanda (coord.). III. Gussoli, Felipe Klein (coord.).

CDD 342 (22.ed)

CDU 342.7

Editora Íthala Ltda.
Rua Pedro Nolasko Pizzatto, 70
Bairro Mercês
80.710-130 – Curitiba – PR
Fone: +55 (41) 3093-5252
+55 (41) 3093-5257
<http://www.ithala.com.br>
E-mail: editora@ithala.com.br



Informamos que é de inteira responsabilidade dos autores a emissão de conceitos publicados na obra. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Íthala. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SEUS IMPACTOS NA AMÉRICA LATINA

Coordenadores

DANIEL WUNDER HACHEM

LUISA FERNANDA GARCÍA LÓPEZ

FELIPE KLEIN GUSSOLI



PROGRAMA DE
PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO



Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas
e Desenvolvimento Humano da PUCPR



Conselho Nacional de Desenvolvimento
Científico e Tecnológico



**EDITORA ÍTHALA
CURITIBA – 2020**

Este livro foi financiado com recursos da CAPES (Programa PAEP, Edital n. 29/2018, Auxílio nº: 0021/2019, Processo n. 88881.290240/2018-01) **e do CNPq** (Chamada MCTI/CNPQ n. 01/2016 – Universal, Processo: 428398/2016-2).

SUMÁRIO

Apresentação	15
Daniel Wunder Hachem, Luísa Fernanda García López, Felipe Klein Gussoli	

PARTE I

DIREITOS HUMANOS, CORTES INTERNACIONAIS E SEUS IMPACTOS NA EUROPA E NA AMÉRICA LATINA

The European Court of Human Rights and its impact on domestic legal systems	19
Sarah Cassella	

Brexit, Human Rights and the Role of Constitutional Culture	37
Javier García Oliva	

¿Una paradoja interamericana? Chile, un Estado que cumple las sentencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero que impulsa su reforma	59
Álvaro Paúl	

Constitucionalidad y convencionalidad en Colombia: el diálogo entre las cortes	85
Luisa Fernanda García López	

El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública	103
Juan Carlos Covilla Martínez	

O controle de convencionalidade na jurisprudência argentina	121
Lucía Bellocchio	

As expressões artísticas das vítimas como um mecanismo de reparação transformadora na Colômbia. Uma análise do caso “Tecelões de Mampuján” e a influência da Corte Interamericana de Direitos Humanos	133
William Iván Gallo Aponete, Alejandro Sanabria Rodelo	

O Golpe de Estado na Bolívia e a OEA como agente viabilizador do Lawfare	149
Larissa Ramina	

PARTE II

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: IMPACTOS NO BRASIL

Há um diálogo jurisdicional entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos? Uma análise a partir das medidas de não-repetição do Caso Gomes Lund e outros v. Brasil171

Mônia Clarissa Hennig Leal, Maria Valentina de Moraes

O possível papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na indução de políticas públicas para os Estados: exemplos no caso do brasileiro183

Caroline Müller Bitencourt

O direito humano à comunicação prévia e pormenorizada das acusações nos processos administrativos: o desprezo do Superior Tribunal de Justiça ao Pacto de San José da Costa Rica e à Corte Interamericana de Direitos Humanos201

Daniel Wunder Hachem, Eloi Pethechust

A evolução do sistema de proteção da pessoa com deficiência no Brasil: o caso Ximenes Lopes231

Anelize Pantaleão Puccini Caminha

Eficácia horizontal e a responsabilidade das empresas no descumprimento de direitos humanos e o controle de convencionalidade no Brasil241

Luiz Alberto Blanchet, Eduardo Iwamoto

A Corte Interamericana de Direitos Humanos nos anos 90 e 2000: uma “Corte” Cançado Trindade?255

Siddharta Legale

La adopción tímida de la margen de apreciación nacional en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos285

Luiz Guilherme Arcaro Conci

Teoria geral do controle de convencionalidade: regime jurídico para o Estado-juiz, Estado-administração e Estado-legislador.....305

Felipe Klein Gussoli

PARTE III

IMPACTOS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NA CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Direitos políticos e limites à sua regulamentação: padrões convencionais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....323

Amanda Guimarães da Cunha, Eneida Desiree Salgado

Breves comentários sobre o direito à educação à luz do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal353

Ester Emanuele Lima, Ana Claudia Santano

O exercício do direito à liberdade de opinião e expressão: uma análise do hate speech no direito brasileiro e na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos365

Vivian Cristina Lima López Valle

Estudo comparado do direito humano à informação no regime militar brasileiro e na Lei 12.527/2011: mudança paradigmática?393

Cynthia Gruending Juruena

Atuação das clínicas jurídicas em litigância estratégica internacional: contribuições à difusão normativa e à mobilização dos órgãos interamericanos de direitos humanos415

Natalia Martinuzzi Castilho, Taysa Schiocchet

A educação em direitos humanos enquanto vetor de transformação para a emancipação da sociedade439

Daniel Castanha de Freitas, Camila de Azevedo Antunes

Trabalho escravo contemporâneo no Brasil: reforma trabalhista e responsabilização de empresas de uma mesma cadeia produtiva453

Lucas Reis da Silva

PARTE IV

ARTIGOS VENCEDORES DO CONCURSO DE ARTIGOS JURÍDICOS

Os limites do direito à memória e à verdade: a posição do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a Lei de Anistia Brasileira479

Dailor dos Santos

A margem de apreciação nacional como técnica de efetivação dos direitos humanos no sistema interamericano499

Renan Guedes Sobreira, Erick Kiyoshi Nakamura

O Direito Internacional Humanitário à luz das obras de Hannah Arendt: conceito de genocídio pós segunda guerra mundial515

Carolina Alexandre Calixto

Os reflexos do Direito Penal do inimigo nos cárceres brasileiros e a anulação da humanidade do presidiário: um recorte psicológico535

Larisse Lemos de Oliveira, Roberta Martinic Cauduro

PARTE V

RESUMOS DOS COMUNICADOS CIENTÍFICOS APRESENTADOS

Direitos humanos e a proteção dos refugiados.....553

Adalberto Narciso Hommerding, Stéfani Reimann Patz

Direito de liberdade de consciência e religiões tradicionais de matrizes africanas: entre dificuldades particulares de exercício e a necessidade de políticas públicas eficientes555

Alana Gonçalves, Julia Maurer

Caso Fazenda Brasil Verde: análise do cumprimento de sentença imposta pela corte interamericana de direitos humanos e a perpetuação da escravidão moderna em território brasileiro.....557

Alcebíades Meireles Meneses, Everton Martins da Silva, Raphael Augusto Knopik

La corrupción despojadora como violación a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos559

Alejandro Sanabria Rodelo

A busca pela garantia dos Direitos da Pessoa com Deficiência nos países do Continente Africano561

Alexandre Barbosa Silva, Alian Marcela Simonetti

También la lluvia: por una perspectiva decolonial do direito à água na América Latina.....563

Amanda Cristina Botelho, Cesar Toyokazu Hirose

As dimensões da subsidiariedade no ius constitutionale commune latino-americano ... 565

Ana Carolina Olsen

A criminalidade feminina relacionada ao tráfico de entorpecentes	566
Ana Letícia Manfrim Rohden	
Por uma leitura adequada do artigo 37, §4º da Constituição Federal à luz da convenção americana sobre direitos humanos.....	567
André Felipe Pereira de Souza, Bruno Henrique Aibara	
Liberdade de expressão e os efeitos da decisão do caso manuel cepeda vargas vs. Colômbia da corte interamericana no estado colombiano	569
Angelina Colaci Tavares Moreira, Vitória Beatriz da Silva Kuzma	
A liberdade de expressão não legitima linchamentos virtuais.....	571
Antonio Edemir Pilatto	
Sistema Único de Saúde: é igualitário ser gratuito?.....	573
Bárbara Mendonça Bertotti	
ADPF 442: o STF é legítimo para (des)criminalizar o aborto?	574
Brenda de Fátima Vidal, Paula Naomi Fukuda Alvarez	
As opiniões consultivas da corte interamericana de direitos humanos e o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos nas américas	576
Bruna Nowak	
Caso do povo indígena xucuru e seus membros: análise dos dispositivos da sentença internacional e medidas para o cumprimento efetivo da respectiva decisão	578
Bruno Cesar Faria, Kamila Teotonio Mangoni	
Sinapses incertas: (des)continuidades históricas do direito humano dos camponeses e povos indígenas a terra nos sistemas internacionais de direitos humanos.....	580
Bruno Martins Moraes	
Responsabilidade civil parental por abandono material e afetivo de LGBTQI+	582
Caio Santos de Aguiar, Zara Hussein	
Impacto das decisões da corte interamericana de direitos humanos na administração pública brasileira: Caso Garibaldi.....	583
Camila de Azevedo Antunes	
A ideia do cuidado afetivo entre pais e filhos como um direito humano	585
Camila Silva Dias Crucinsky, Nicolas Addor	

O caráter essencial da defensoria pública no exercício do direito ao acesso à justiça no sistema interamericano de direitos humanos	586
Carolina Braglia Aloise Bertazolli, Flávia Cópia Sperandio	
Eu vos declaro “endemoniados”: a religião e sua proibição aos casamentos homoafetivos	588
Caroline Francine Hamm	
Os organismos internacionais e a proteção ao trabalho da pessoa com deficiência ...	589
Cíntia de Almeida Lanzoni, Amanda Carolina Buttendorff R. Beckers	
Proteção supranacional dos direitos humanos no entrecho interamericano	591
Cristiano Menezes Veiga, Jorge Henrique Anoroza Coutinho	
Caso Herzog e outros vs. Brasil: perspectivas para a efetivação da sentença	593
Douglas Fernando Hachmann, Lucas Roberto da Silva Pereira	
A descriminalização do desacato em face da proteção da liberdade de expressão	595
Eduardo Cambi, Leticia de Andrade Porto	
A reforma da previdência e a justiciabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais no âmbito do direito internacional	596
Erico Sanches Ferreira dos Santos	
Eficácia da proteção da mulher pelo sistema interamericano de direitos humanos a partir de análise do Caso Espinoza Gonzáles vs Peru.....	597
Érika Leahy	
A eficiência da participação social na internet por meio de ferramentas de administração.....	599
Estéfany Kulka Amarante e Silva	
Instituições, direitos humanos e o enfoque das capacidades: um discurso complementar de Martha C. Nussbaum	600
Fábio Rezende Braga, Marcus Vinicius Porcaro Nunes Schubert	
O compliance como meio de incorporação dos princípios da ONU sobre empresas e direitos humanos	602
Felipe de Poli de Siqueira	
Sistema interamericano de direitos humanos e os direitos das pessoas transgêneras.....	603
Fernanda Brandão Lapa, Jonathan Maicon Francisco	

- A validade do *fact-checking* como hipótese de restrição à liberdade de expressão ...**604
Fernanda Carrenho Valiati
- Poluição oceânica por resíduos sólidos e ilhas de lixo: tratamento da legislação brasileira e internacional.....**605
Flávia Giambarresi Ganho
- Regime disciplinar diferenciado: a subtração de direitos fundamentais dos inimigos ...** 607
Gabriel Maravieski
- Proteção de direitos do grupo LGBTI nos sistemas regional e nacional de direitos humanos: a evolução do reconhecimento de demandas específicas da parcela trans** 609
Géssica de Medeiros Santos, Suzana Ariela Machado Silva
- O dever de motivação das decisões administrativas: uma análise dos impactos do pacto internacional dos direitos civis e políticos e da convenção americana de direitos humanos**610
Giulia de Rossi Andrade, Mirela Miró Ziliotto
- Quem te prende e não te solta: as Regras de Bangkok e a análise de decisões denegatórias do poder judiciário do Estado do Paraná em pedidos de prisão domiciliar para mulheres presidiárias gestantes e com crianças**612
Heloísa Vieira Simões, Priscilla Conti Batolomeu
- Caso Favela Nova Brasília: reflexões acerca dos dispositivos da sentença internacional e medidas para o cumprimento efetivo do decism**614
Isabel Cristine de Lima Calvario, Maria Eduarda Guedes Dell Avanzi
- A fotografia não é mais a mesma: texto ao aniversário da Constituição Federal**616
Jeferson Ferreira dos Santos
- Legal transplants e violação de direitos fundamentais.....**618
João Guilherme Walski de Almeida
- Esterilização compulsória: análise do tema pela corte interamericana de direitos humanos e sua interface com o Caso Janaína Quirino (Mococa-SP)**620
Jussara Marial Leal de Meirelles, Elizabete Aparecida Pereira
- Corte interamericana de direitos humanos e os migrantes forçados venezuelanos**622
Karla Regina Quintiliano, Henrique Santos Ribeiro

A conformação do poder público brasileiro com a jurisprudência interamericana em matéria de direito à saúde	624
Leonardo de Souza Prates Menezes	
Controle de natalidade: a coerção do Estado na limitação do livre arbítrio do homem ..	626
Lorena Pinto Gonçalves	
Políticas sociais na destituição do poder familiar	628
Luiza de Medeiros Trindade	
O desenvolvimento do direito à moradia no sistema interamericano de direitos humanos: um olhar através da jurisprudência de sua corte	630
Luiza Deschamps Cavalcanti Moreira	
Diálogos entre cortes e tribunais internacionais: perspectivas, desafios e integração dos direitos humanos	632
Marcus Vinicius Porcaro Nunes Shubert, Fábio Rezende Braga	
Os Casos “Gomes Lund” e “Herzog” no contexto ditatorial de 64: diálogo entre cortes ou reforço da supremacia judicial interna?	634
Maria Valentina de Moraes, Sabrina Santos Lima	
A violência de gênero na corte interamericana de direitos humanos: uma análise do Caso López Soto e outros vs. Venezuela	636
Marina Bonatto	
Influências da corte interamericana de direitos humanos no tribunal penal internacional	638
Marina Cardoso Farias	
A mora nos pagamentos mediante precatórios: análise do Caso 12.836 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)	640
Mateus Domingues Graner	
Relação do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) com o direito penal do inimigo: uma abordagem a partir dos direitos humanos	641
Mateus Gruber, Sarah Francine Schreiner	
A concretização dos direitos humanos na proteção aos povos tradicionais latino-americanos e os impactos do “buen vivir”	643
Mayara Pellenz, Bruna Eduarda Laurindo	

O direito fundamental à inafastabilidade jurisdicional e a irreversibilidade de efeitos das tutelas antecipadas de urgência em caráter antecedente.....645

Micaela Porto Linke

Acidentes de trabalho na indústria pirotécnica brasileira: a esperança na denúncia a corte interamericana de direitos humanos647

Miriam Olivia Knopik Ferraz

O direito constitucional ao sufrágio universal e o direito fundamental à participação política no regime democrático: limites e possibilidades constitucionais ao voto do preso.....649

Monike Franciely Assis dos Santos

Os embates jurídicos entre os direitos humanos dos imigrantes e a administração do presidente Donald J. Trump: o caso dos imigrantes latinos da fronteira sul dos EUA 651

Murilo Franco Martins

O trabalho escravo infantil na América Latina e Caribe: caso dos empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil653

Nicole Trevisan, Letícia Maria Rutkowski Salles

O “casamento infantil” no Brasil e as violações de direitos humanos.....655

Nicolly Carvalho Nogueis

Brasil sem fronteiras: da supremacia do dever internacional de proteção aos refugiados venezuelanos657

Paulo Cesar de Lara, Laíse Milena Barbosa

Polícia comunitária: o equilíbrio entre segurança e direitos humanos659

Pedro Abdanur Mendes dos Santos

Políticas públicas como um instrumento de implementação efetiva do direito à saúde .661

Priscila Beppler Santos

A jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos acerca do refúgio e as decisões realizadas pelo Brasil.....663

Rafael Moreno de Santiago Santos, Rafael Martins Ribeiro Fanchin

Natureza impositiva do orçamento público voltado à promoção de direitos fundamentais: uma interpretação à luz do artigo 26 do pacto de San José da Costa Rica.....665

Rafaella Nátaly Fácio

Panorama orçamentário e reserva do possível no Brasil	667
Raphael Demostenes Cardozo, Paula Tatyane Cardozo Stemberg	
As <i>fake news</i> e a efetivação dos direitos políticos: o realocamento dos problemas da soberania	668
Renata Naomi Trajan, Uriel Pozzi Silva	
A responsabilização judicial de empresas transnacionais por violações aos direitos humanos	670
Ricardo Bazzaneze	
La aplicación del control de convencionalidad por las autoridades administrativas a la luz de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos	671
Ronald Dominguez Pillaca	
O parecer consultivo da corte interamericana 21/2014: perspectivas para a garantia de direitos e uma política migratória para a criança no Brasil	672
Tatyana Scheila Friedrich, Taís Vella Cruz	
Direitos humanos e megaeventos esportivos: perspectivas de proteção dos direitos LGBTI a partir das Copas do Mundo da Rússia 2018 e do Catar 2022.....	674
Victor Hugo Streit Vieira, Jeferson Teodorovicz	
A violência obstétrica e o desrespeito aos direitos humanos	676
Victoria Aparecida Caldato Kreniski, Pâmela Ingridi Machado Lino	
Não me reprima: a relação entre a transfobia e o consumo brasileiro da pornografia “shemale”	678
Vinicius de Souza da Silva	
Sobre os autores.....	681

APRESENTAÇÃO

No ano de 2017, o projeto de pesquisa intitulado “*O impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Administração Pública brasileira: uma análise de casos concretos*”, desenvolvido no NUPED-PUCPR – Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, sob a coordenação do Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem, foi contemplado com financiamento da Chamada Universal do CNPq.¹ No marco desse projeto, foram realizadas pesquisas sobre a temática em parceria com professoras e professores nacionais e estrangeiros, por meio da Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social e da Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

Nos dias 3 e 4 de junho de 2019, para apresentar e discutir os resultados desse projeto de pesquisa, realizou-se nas dependências da Pontifícia Universidade Católica do Paraná o *Congresso Internacional: Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus impactos na América Latina*, o qual obteve financiamento do Programa PAEP da CAPES.² Participaram do evento 7 conferencistas de universidades estrangeiras (Colômbia, Argentina, Chile, México, França e Reino Unido), 10 palestrantes de 6 Programas de Pós-Graduação em Direito de universidades brasileiras (UFRJ, PUC-SP, UNISC-RS, UFPR, PUCPR, UniBrasil-PR) de 4 Estados da federação e 6 presidentes de mesa de universidades de Curitiba (PUCPR e UFPR), além de mais de 500 inscritos, entre estudantes de graduação, especialização, mestrado, doutorado, pós-doutorado e professores de diversas instituições de ensino superior do país e do exterior.

Foi aberta chamada para apresentação de comunicados científicos por pesquisadoras e pesquisadores da área. Foram apresentados perante bancas examinadoras mais de 75 comunicados científicos de pesquisadores de graduação, especialização, mestrado, doutorado, pós-doutorado e professores, de 26 instituições de 14 cidades diferentes. As bancas avaliadoras conferiram prêmio de menção honrosa para os melhores trabalhos.

A presente obra reúne artigos científicos resultantes desse projeto de pesquisa e apresentados no referido Congresso Internacional. É composta por 5 partes: (I) Direitos humanos, cortes internacionais e seus impactos na Europa e na América Latina; (II) Corte Interamericana de Direitos Humanos e controle de convencionalidade: impactos no Brasil; (III)

¹ Chamada MCTI/CNPQ n. 01/2016 – Universal, Processo: 428398/2016-2.

² Programa PAEP-CAPES, Edital n. 29/2018, Auxílio nº: 0021/2019, Processo n. 88881.290240/2018-01.

Impactos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na conformação constitucional de direitos fundamentais no Brasil; (IV) Artigos vencedores do concurso de artigos jurídicos; (V) Resumos dos comunicados científicos apresentados.

Agradecemos efusivamente a todos os autores e autoras que contribuíram para a construção deste livro; à Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social e à Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, pelo apoio institucional; ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR, à CAPES e ao CNPq pelo suporte financeiro para a realização do congresso e para a publicação desta obra; aos membros do NUPED-PUCPR e do NINC-UFRPR, em especial à Anelize Caminha, à Cynthia Juruena, ao Daniel Castanha de Freitas, à Natália Prigol, à Rafaella Brustolin, à Rafaella Fácio e ao William Gallo Aponte, por todo o auxílio proporcionado na organização do evento e do livro; e à Editora Íthala, na pessoa de sua dirigente, Eliane Peçanha, por mais uma vez acreditar em um projeto editorial proposto pelo PPGD-PUCPR.

DANIEL WUNDER HACHEM

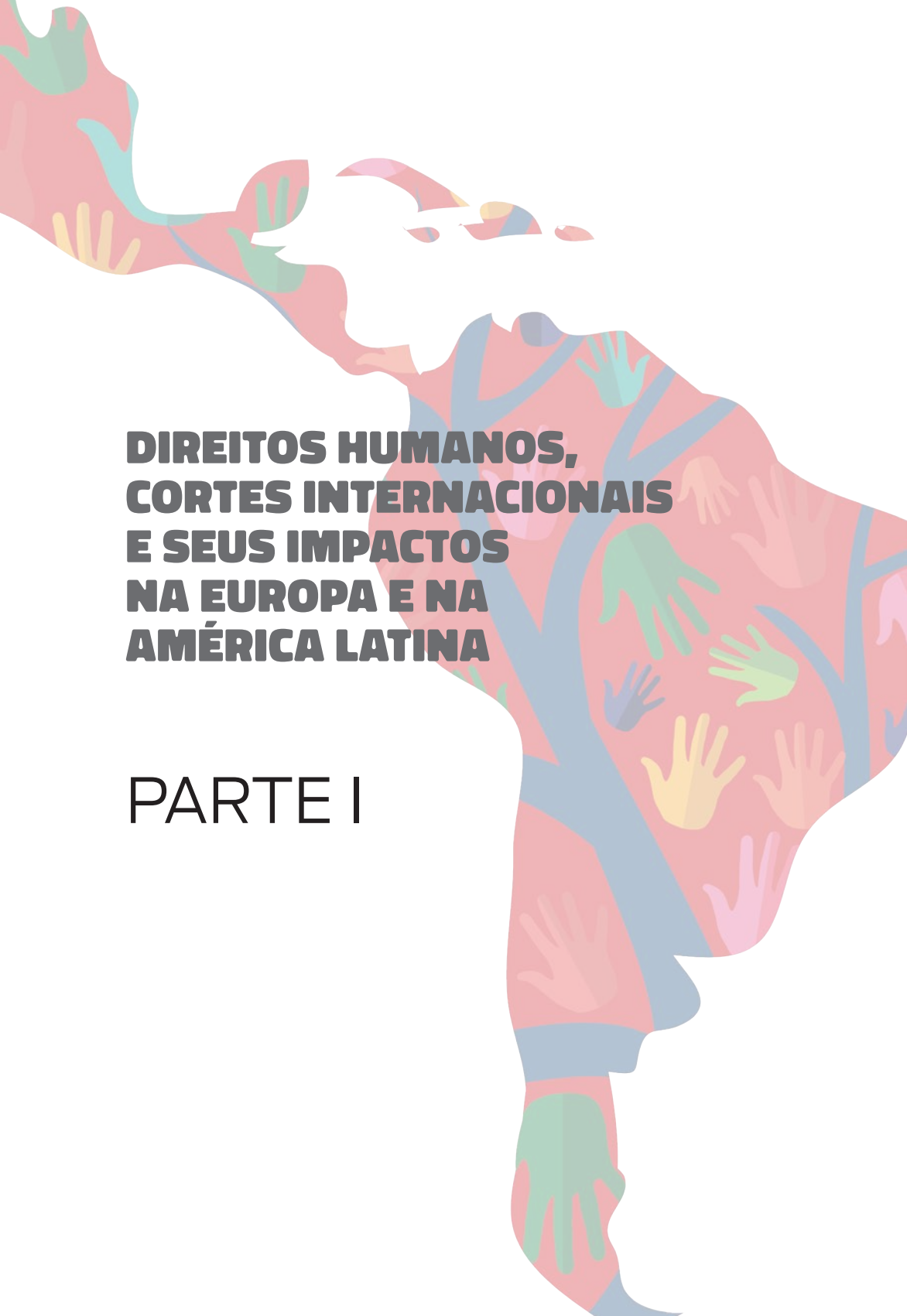
Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil).

LUISA FERNANDA GARCÍA LÓPEZ

Professora da Facultad de Jurisprudencia da Universidad del Rosario (Bogotá, Colômbia).

FELIPE KLEIN GUSSOLI

Professor do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Curitiba-PR, Brasil).

A stylized map of Latin America, including parts of the Caribbean, Central America, and South America. The map is filled with a vibrant, abstract pattern of various colored hands (red, green, blue, yellow, pink) and lines, symbolizing human rights and social justice. The text is overlaid on the left side of the map.

**DIREITOS HUMANOS,
CORTES INTERNACIONAIS
E SEUS IMPACTOS
NA EUROPA E NA
AMÉRICA LATINA**

PARTE I

THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND ITS IMPACT ON DOMESTIC LEGAL SYSTEMS

SARAH CASSELLA*

CONTENTS: 1. Introduction. 1.1. National constitutions. 1.2. The ECHR. 1.3. European Union Law. 2. The ECtHR as a «Constitutional Judge». 2.1. Extension of the scope of rights and establishment of new ones. 2.2. “Objectivization” of the Court’s decisions. 2.3. The supremacy of the ECHR over domestic constitutions. 3. Shifts of the balance of powers. 3.1. The judiciary. 3.2. The constitutional judge. 3.3. The legislative. 4. Limits to the peculiarity of public law. 4.1. Deterritorialization. 4.2. Common standards for public and private procedures. 5. Conclusion. References.

1. Introduction

In regard to their controversy on the judicial use of comparative constitutional law, justices Bryer and Scalia of the United States Supreme court used to refer, among several foreign “constitutional courts”, to the European Court of Human Rights (hereafter ECtHR)¹. At the time this was surprising from a European perspective: the drafters of the European convention for the protection of human rights and fundamental freedoms (hereafter ECHR), which was concluded in 1950 and entered into force in 1953, meant to create classical international mechanisms. First of all, the conventional obligations were binding on State organs and authorities: the main traditional fear concerned State violations of human rights.

Secondly, at the beginning there was only an interstate judicial mechanism of enforcement comprising the European commission of human rights and the European court of human rights. The possibility to file individual complaints of violations of the ECHR was optional and depended on the choice of every State party. Only through Protocol 11 did this mechanism become mandatory for all parties in 1998. Thirdly, the jurisdiction of the Court

* Public Law Professor at Le Mans Université (Paris, France). Co-Director of Themis-UM. PhD in Law from Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. E-mail: sarah.cassella@univ-lemans.fr.

¹ MURKENS, Jo Eric Khushal. Comparative Constitutional Law in the Courts: Reflections on the Originalists’ Objections. *Verfassung und Recht in Übersee*, v. 41, issue 1, p. 31-50, 2008.

depends on the principle of subsidiarity: States have to implement the convention by using their own judicial mechanisms and only on last recourse is it possible to file a complaint before the Court. For this reason, the admissibility of the claims depends on the principle of exhaustion of domestic remedies².

Fourthly, according to article 46³ of the ECHR, the judgments of the Court are binding – have force of *res judicata* – only for the parties to the case at hand and they are declaratory: the Court makes findings on the violation of the convention, indicates the result in order to make reparation for the victim of this violation, but the means are left to the choice of the State. According to the rules of international State responsibility, the reparation should take the form of *restitutio in integrum* which means the State has to erase as much as possible the consequences of the violation of the victim's rights and it has to follow the principle of non-repetition of the same wrongful act⁴.

This conventional mechanism did not seem at first revolutionary even if it was rather new in 1950, therefore many States parties thought that it would not change much about the protection of human rights which was believed by them to be already almost perfect. But

² "ARTICLE 35 - Admissibility criteria

1. The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law, and within a period of six months from the date on which the final decision was taken (...)". In: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocols No. 11 and No. 14**. 1950. Available at: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680063765#:~:text=Article%2035%20%E2%80%93%20Admissibility%20criteria,the%20final%20decision%20was%20taken.>>. Access on: 25 oct. 2020.

³ "Binding force and execution of judgments

1. The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties.

2. The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution.

3. If the Committee of Ministers considers that the supervision of the execution of a final judgment is hindered by a problem of interpretation of the judgment, it may refer the matter to the Court for a ruling on the question of interpretation. A referral decision shall require a majority vote of two-thirds of the representatives entitled to sit on the committee.

4. If the Committee of Ministers considers that a High Contracting Party refuses to abide by a final judgment in a case to which it is a party, it may, after serving formal notice on that Party and by decision adopted by a majority vote of two-thirds of the representatives entitled to sit on the committee, refer to the Court the question whether that Party has failed to fulfil its obligation under paragraph 1.

5. If the Court finds a violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers for consideration of the measures to be taken. If the Court finds no violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers, which shall close its examination of the case". In: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocols No. 11 and No. 14**. 1950. Available at: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/conventions/rms/0900001680063765#:~:text=Article%2035%20%E2%80%93%20Admissibility%20criteria,the%20final%20decision%20was%20taken.>>. Access on: 25 oct. 2020.

⁴ See Part II, Chapter 2 of the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts of the International Law Commission. In: UNITED NATIONS. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**. 2001. Available at: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf>. Access on: 25 oct. 2020.

if we take the example of France, it ratified the convention only in 1974 behind some false pretenses, the true reason being probably the fear of the dynamics of supranationality⁵. The ECHR has indeed been called by some a « shadow constitution »⁶ for States who don't have a formal bill of rights, which is the case of France. The constitution of 1958 does not provide a list of fundamental rights but refers only to a few of them among which habeas corpus⁷. Thus between 1974⁸ and 2010⁹ in France the only way for plaintiffs to ask for a judicial review of statutes in order to protect their subjective fundamental rights was to invoke the ECHR before the French judge.

Given all of this, how is it possible to speak of “European constitutional law” about the ECHR or to analyze the impact of the ECtHR on domestic legal systems? In order to answer this question, we can start by looking at the activity of the Court nowadays: 47 States are parties to the ECHR, including many Eastern European States which have adhered to it during the 1990s, after their secession from the Soviet Union. In 2019, 44,500 applications were allocated to a judicial formation, 38,480 of these having been declared inadmissible. The stock of allocated applications pending before the Court was stable over the year amounting to 59,800. The applications decided by judgment or inadmissibility decision were 40,667. Judgments were delivered in respect of 2,187 applications¹⁰. These statistics reveal the huge activity of the Court which has become a common mechanism of protection of human rights throughout Europe.

But some peculiarities of the ECtHR were already present at its origins since, according to article 32 of the ECHR, the ECtHR is a supranational court with authority to interpret the convention¹¹. Because of this mission, over the years the Court found itself at the intersection

⁵ PELLET, Alain. La ratification par la France de la convention européenne des droits de l'homme. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger**, p. 1319-1377, 1974.

⁶ GRÜNVALDOVÁ, Vladimíra Pejchalová. General and Particular Approaches to Implementation of the European Convention on Human Rights. **Annuaire canadien de droit international**, vol. 55, p. 248-292, 2017.

⁷ “ARTICLE 66.

No one shall be arbitrarily detained.

The Judicial Authority, guardian of the freedom of the individual, shall ensure compliance with this principle in the conditions laid down by statute”. In: EU CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS. **Constitution France**. Available at: <<https://fra.europa.eu/en/law-reference/constitution-3>>. Access on: 25 oct. 2020.

⁸ When the French Constitutional council recognized the possibility to found a claim of judicial review of statutes on fundamental rights such as those of the Declaration of the rights of man and of citizens. In: CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 71-44 DC**, 16 juillet 1971. Available at: <[⁹ When the new procedure of “priority preliminary ruling on constitutionality” before the Constitutional council entered into force.](https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144DC.htm#:~:text=Consid%C3%A9rant%20que%20la%20loi%20d%C3%A9%20C3%A9%20C3%A9e,2.>>. Access on: 25 oct. 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Prisoners' right to vote**. 2019. Available at: <https://www.echr.coe.int/documents/fs_prisoners_vote_eng.pdf>. Access on: 01 nov. 2020.

¹¹ “Jurisdiction of the Court

1. The jurisdiction of the Court shall extend to all matters concerning the interpretation and application of the Convention and the Protocols thereto which are referred to it as provided in Articles 33, 34, 46 and 47.

of three different sets of norms on the protection of human rights in Europe: national constitutions, the ECHR and European Union law.

1.1. National constitutions

Article 53 of the ECHR functions as a “maximization clause” according to the principle of subsidiarity: “Safeguard for existing human rights - Nothing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a party”. This provision means that the convention sets minimum standards for human rights and therefore States parties are meant to provide a higher level of protection when possible. If they choose a different standard in this perspective they act according to the ECHR and thus the Court should not criticize them. In the case *Micallef v. Malta*¹², the ECtHR stated that according to article 53, article 6 of the ECHR cannot be used in order to lessen the protection of human rights granted by the convention when domestic law is more protective. In the case at hand, the Maltese judge applied fair trial guarantees of article 6 to proceedings which were not covered by this provision according to the ECtHR. But this hypothesis bears an inherent paradox: can the Court admit that human rights are better protected by domestic systems than by the ECHR? This is probably the reason of the limited use of article 53 made by the ECtHR.

1.2. The ECHR

The ECtHR is the official interpreter of this treaty, but the focus must be placed on the question of the authority of its interpretation in the domestic legal orders of the different States parties, while keeping in mind that conventional rights are conceived as minimum standards and thus are rather indeterminate.

1.3. European Union law

Until 2000 there was no formal bill of rights of the EU, therefore the Court of justice of the European Union (hereafter CJEU) relied on the principles common to member States’ constitutional traditions and on the ECHR as interpreted by the ECtHR – all member States

2. In the event of dispute as to whether the Court has jurisdiction, the Court shall decide”. In: COUNCIL OF EUROPE. **Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**, restructuring the control machinery established thereby, 11 may 1994. Available at: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cda9>>. Access on: 26 oct. 2020.

¹² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Micallef v. Malta*, application no. 17056/06. Judgment of 15th October 2009. Available at: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-95031&file-name=001-95031.pdf&TID=aaouturhlg>>. Access on: 26 oct. 2020.

being also parties to this treaty¹³. The Charter of fundamental rights of the European Union (hereafter CFREU) has been integrated among the EU treaties in 2009 and, according to article 6 of the Treaty on European Union, the EU shall accede to the ECHR in the future. In this case the ECtHR would be called to review the behavior of the European Union with respect to its human rights obligations besides the activity of its member States. The CJEU should already interpret human rights in EU law according to the case law of the ECtHR, when possible. According to article 52 of the CFREU, “Scope of guaranteed rights - (...) 3. In so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection”. Thus the ECtHR’s interpretation of rights has an impact also on EU law.

This brief landscape shows that the ECtHR finds itself at the intersection of all these different norms on the protection of fundamental rights – which are often very similar in content – and in the strategic position to regulate and harmonize their relationship. This situation explains in part why the ECtHR can have an impact on domestic legal systems¹⁴.

These effects depend of course also on a series of criteria linked to the status of the ECHR in the different States parties which is extremely variable. The first criterion concerns the validity of the ECHR in the domestic legal order: while in “monist” States it has immediate validity, in “dualist” ones it must be incorporated¹⁵. The second one is linked to the authority of the convention in the domestic system. The various parties can choose among many possibilities: they can give it constitutional authority, supra legislative authority, at least legislative authority, sometimes – as in Spain or in Portugal – specific authority granted to human rights treaties in general. In nearly all States parties, domestic judges managed to give the ECHR a special authority. Some eastern European States which ratified the convention recently intro-

¹³ Article 6 of the Treaty on the European Union: “1. The Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12 December 2007, which shall have the same legal value as the Treaties.

The provisions of the Charter shall not extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties. The rights, freedoms and principles in the Charter shall be interpreted in accordance with the general provisions in Title VII of the Charter governing its interpretation and application and with due regard to the explanations referred to in the Charter, that set out the sources of those provisions.

2. The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union’s competences as defined in the Treaties.

3. Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union’s law”. In: TREATY ON EUROPEAN UNION. *Official Journal 115, 09 may 2008*. Available at: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12008M006:EN:HTML>>. Access on: 26 oct. 2020.

¹⁴ Many concrete examples of this impact can be found here: COUNCIL OF EUROPE. **Impact of the European Convention on Human Rights**. Available at: <<https://www.coe.int/en/web/impact-convention-human-rights#/search/countries/France>>. Access on: 26 oct. 2020.

¹⁵ CALIGIURI, Andrea; NAPOLETANO, Nicola. Application of the ECHR in the Domestic Systems. **The Italian Yearbook of international law**, v. 20, p. 125-159, 2010.

duced a reference to human rights treaties within their constitution¹⁶ – usually under pressure from the EU’s conditionality mechanisms – but for the majority of States parties it depends on the domestic judge. The third criterion is the direct effect given by some domestic systems to conventional rights: even if in different ways and by different means, all States parties managed to give to plaintiffs the possibility to claim their conventional rights before the domestic judge. Fourthly, legal situations differ according to whether the State party has or not a formal constitutional bill of rights¹⁷: this criterion explains the different uses of the convention. Finally, the last determining factor is the presence of a civil law system or of a common law system.

Even if the combination of all these criteria entails some variations, we observe that the ECtHR has developed a constitutional language, referring to the “constitutional European order”¹⁸ or to the “European public order”¹⁹ created by the convention and that it has started to assume to a certain extent the function of a constitutional judge. This is the main reason of the impacts of its case law on domestic legal systems. I will concentrate here on its effects on public law and above all on constitutional law because this field enshrines the main rules on the functioning of the State. This paper does not aim to cover all the 47 parties, so while analyzing the practice of several States, I will take mainly examples of this impact on France because this State does not have a formal and developed constitutional bill of rights, it has a high record of violations of the convention and has implemented several reforms on the basis of the ECtHR’s case law.

2. The ECtHR as a «constitutional judge»

Despite the limited authority assigned to them by the ECHR, for many reasons the Courts’ findings are not limited to the specific case at issue and may in some regards appear as a “judicial review”²⁰.

2.1. Extension of the scope of rights and establishment of new ones

The ECtHR exercises a great judicial power by extending the scope of some traditional rights of the ECHR and by establishing new rights on the basis of its interpretive authority. These new rights must be introduced into domestic systems and often in a way or another

¹⁶ See for instance the constitutions of the Czech Republic and of Romania.

¹⁷ See for instance the difference between the French constitution (which does not contain a formal bill of rights) and the German Basic Law (which provides for a detailed bill of rights).

¹⁸ ARCARI, Maurizio; NINATTI, Stefania. Narratives of Constitutionalization in the European Union Court of Justice and in the European Court of Human Rights Case Law. *ICL JOURNAL*, v. 11, n. 01, p 11-41, 2017.

¹⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Loizidou v. Turkey*, application no. 15318/89. Judgment of 18th December 1996. Available at: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58007&file-name=001-58007.pdf>>. Access on: 27 oct. 2020.

²⁰ ARCARI, Maurizio; NINATTI, Stefania. Narratives of Constitutionalization in the European Union Court of Justice and in the European Court of Human Rights Case Law. *ICL JOURNAL*, v. 11, n. 01, p 11-41, 2017.

integrated to constitutional rules or given priority over other rules. A first example concerns economic and social rights which are not covered by the ECHR. The Court has nonetheless recognized for instance the right to a healthy environment deriving it from the right to life and the right to respect of private and family life²¹. Moreover, while conventional rights were meant to cover only State action – the parties cannot interfere with these rights –, the Court has widely used its doctrine on “positive obligations” in order to force States parties to provide protection of these rights also against threats coming from private persons²².

If we take the example of France, the Constitutional Council, for instance, has taken into account this case law in four different ways. Firstly, it has accepted to establish new constitutional rights such as the right to private life, the freedom of marriage or human dignity²³. Secondly, it has enlarged the scope of several constitutional rights such as freedom of expression which has come to encompass the right to access different sources of information or habeas corpus which is now interpreted according to the requirements of article 5 of the ECHR²⁴. Thirdly, it has decided that due process was applicable to all kinds of judicial procedures: it is the case for the right to an effective judicial remedy, for rights of defense guarantees in relation to all kinds of sanctions, for public hearings and for fairness and independence of courts and other bodies²⁵. Fourthly, in several cases the Constitutional Council finally overturned its previous case law in order to take into account the ECtHR’s ruling. Two famous examples concern the question of invalidation of judicial precedents by statutes and the requirement of a lawyer during police custody²⁶.

²¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Tatar v. Romania*, application no 67021/01. Judgment of 27th January 2009b. Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=003-2615810-2848789>>. Access on: 27 oct. 2020.

²² ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël. La prise en compte de la Convention européenne des droits de l’homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution? *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 18, 2005.

²³ See for instanc : CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 99- 416 DC**, 23 juillet 1999a. Available at: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99416DC.htm>>. Access on: 28 oct. 2020; CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 2003-484 DC**, 20 novembre 2003a. Available at: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003484DC.htm>>. Access on: 28 oct. 2020; CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 93-325 DC**, 13 août 1993. Available at: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1993/93325DC.htm>>. Access on: 28 oct. 2020; CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 94-343/344 DC**, 27 juillet 1994. Available at: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1994/94343_344DC.htm>. Access on: 28 oct. 2020.

²⁴ See for instance: CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 86-217 DC**, 18 décembre 1986. Available at: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/86217DC.htm>>. Access on: 28 oct. 2020; CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 89-271 DC**, 11 janvier 1990. Available at: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1990/89271DC.htm>>. Access on: 28 oct. 2020; CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 2003- 467 DC**, 13 mars 2003b. Available at: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede/decision-n-2003-467-dc-du-13-mars-2003-communique-de-presse>>. Access on: 28 oct. 2020.

²⁵ CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 8-155 DC**, 30 décembre 1982. Available at: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1982/82155DC.htm>>. Access on : 29 oct. 2020; CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 87-237 DC**, 30 décembre 1987. Available at: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1987/87237DC.htm>>. Access on: 29 oct. 2020.

²⁶ CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 99-422 DC**, 21 décembre 1999b. Available at: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-99-422-dc-du-21-decembre-1999-saisine-par-60-deputes>>. Access on: 29 oct. 2020.

2.2. “Objectivization” of the Court’s decisions

While the ECtHR’s rulings have authority only *inter partes*, the Court managed to enable their application beyond the litigation at hand. It thus developed “pilot judgments”²⁷ in order to address structural problems or systemic failures in some States parties. When the ECtHR receives a large amount of applications stemming from the same situation, it can decide to “freeze” all pending cases while waiting for the State concerned to take general measures in order to comply with its decision. For this purpose, the Court indicates to the State which measures should be taken (withdrawal of a statute, adoption of a specific legislation, establishment of an institution...) and indicates a specific timeframe for the entry into force of the reform that has to be implemented.

As we have seen, the Court’s rulings should be declaratory and leave the choice of the means of redress to the State whose violation has been recognized. But the Court has taken the habit to set obligations of means for reparation by establishing both individual and general directives. In some cases, indeed, the only means of redress is to strike down a law or to create a specific procedure. A famous example is the *Assanidzé v. Georgia* case where the Court ordered the release of a detainee because of arbitrary detention²⁸. By the same token, the Court asks for the reopening of domestic judicial procedures in case of the violation of due process rights but very often it is not possible according to the domestic law. Facing the inaction of Parliament, in some cases the domestic judge has himself ordered these means of redress; the ECtHR has decided for example that criminal proceedings should be reopened by Italy because of the violation of article 6 and finally the Italian Court of cassation took a decision on this point because the Italian parliament did not act²⁹.

The *erga omnes* effect of the Courts’ interpretation of conventional rights has even been recognized by States at a high level conference on the future of the ECtHR which met in 2010 in Interlaken; among other things, States parties were called upon « to commit themselves to : (...) c) taking into account the Court’s developing case-law, also with a view to considering the conclusions to be drawn from a judgment finding a violation of the Convention by another State, where the same problem of principle exists within their own legal system »³⁰.

²⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Broniowski v. Poland*, application no. 31443/96. Judgment of the 22nd June 2004b. Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-3696&filename=002-3696.pdf&TID=ihgdqbxnfi>>. Access on: 29 oct. 2020.

²⁸ The plaintiff had been pardoned by a presidential decree but was still detained. In: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Assanidzé v. Georgia*, application no. 71503/01. Judgment of the 8th April 2004a. Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-4416&filename=002-4416.pdf&TID=ihgdqbxnfi>>. Access on: 29 oct. 2020.

²⁹ ITALY. **Corte di Cassazione (Sez. I penale)**. *Somogyi*, 3 October 2006, n. 32678, IYL, vol. XVI, 2006, p. 317.

³⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Interlaken Declaration** - High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. 19th February 2010. Available at: <https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf>. Access on: 29 oct. 2020.

2.3. The supremacy of the ECHR over domestic constitutions

In several cases the ECtHR has decided that domestic constitutional rules violated the ECHR. In 1998 for instance the Court, which was called to examine the dissolution of a political party by Turkey, declared that there is no constitutional exception to the ECHR³¹. In other two remarkable cases, the Court declared constitutional rules unconventional: they involved the deprivation of the right to vote and to stand for elections for detainees³² and the transitional provisions of the Fundamental law of Hungary adopted in 2012 which terminated the mandate of the president of the supreme court and thus violated article 6 on the independence of the judiciary³³.

This judicial activism of the Court has led to a series of constitutional reforms in several States parties; we can cite States which introduced fair trial guarantees in their constitution (Italy, Portugal, Switzerland), the United Kingdom which suppressed the Lord chancellor whose function overlapped between parliamentary and judicial functions³⁴, many States parties which created procedures in order to make reparation for the excessive length of judicial processes...

As a result, not only did the ECtHR manage to give priority to the convention over domestic rules, but also to induce systemic changes of domestic legal regimes. In a way, it introduced a sort of “supranational judicial review” of national statutes by the Court i.e. court’s decisions which review the compatibility of national law (including the Constitution) with the ECHR, that are binding within national law and have direct effect vis-à-vis all national institutions.

3. Shifts of the balance of powers

All State authorities are bound by the ECHR’s obligations. The ECtHR thus controls as well the executive – the *Wille v. Liechtenstein* case³⁵, for example, concerned freedom of

³¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *United Communist party of Turkey and others v. Turkey*, application n° 133/1996/752/951. Judgment of the 30th January 1998. Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-58128>>. Access on: 29 oct. 2020.

³² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Anchugov and Gladkov v. Russia*, applications nos. 11157/04 and 15162/052013. Judgment of the 4th July 2013. Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-4425069-5319054&filename=003-4425069-5319054.pdf>>. Access on: 29 oct. 2020.

³³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Baka v. Hungary*, application no. 20261/12. Judgment of the 23rd June 2016. Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-144139>>. Access on: 29 oct. 2020. See also: ARCARI, Maurizio; NINATTI, Stefania. Narratives of Constitutionalization in the European Union Court of Justice and in the European Court of Human Rights Case Law. *ICL JOURNAL*, v. 11, n. 01, p 11-41, 2017.

³⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *McGonnell v. the United Kingdom*, application no. 28488/952000. Judgment of the 8th February 2000. Available at: <<https://www.legal-tools.org/doc/190896/pdf/>>. Access on: 29 oct. 2020.

³⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Wille v. Liechtenstein*, application no. 28396/951999. Judgment of the 28th October 1999b. Available at: <https://www.echr.coe.int/Documents/CP_Liechtenstein_eng.pdf>. Access on: 30 oct. 2020.

expression because the Prince of this small country had decided not to reappoint to a public office an administrative judge who had expressed some views on constitutional law during a conference – the legislative – the law as a general rule has to abide by the ECHR³⁶ – and the judiciary – the excessive length of criminal proceedings being often pointed by the Court³⁷. Moreover, the ECtHR’s case law has led in several domestic legal regimes to a shift of the balance of powers involving mainly the legislative bodies – which lose power – and the judiciary – which is in the end the main winner.

3.1. The judiciary

According to the decisions of the Court, domestic judges have to use a strong power in order to review statutes and in order to exercise a full control over acts of the executive. Following this trend, the French Council of State recognized for instance that a violation of the ECHR can entail the State’s domestic responsibility³⁸. Moreover, when States enjoy a “margin of appreciation” in the implementation of the ECHR, the proportionality test as established by the ECtHR has led to reinforce the judge’s control in fields where it was previously limited. For example, in cases involving the private and family life of aliens facing an administrative decision of expulsion, the French Council of State introduced this proportionality test. It enhanced the judge’s control over State acts and reinforced the protection of individual rights over the general interest. It is the case for publication bans for example³⁹.

3.2. The constitutional judge

Not only does the ECtHR submit to its control the decisions of domestic constitutional judges, but it also compels them to follow fair trial standards common to all other courts. In a famous case, for example, the ECtHR rejected the French Constitutional Council’s jurisdiction over “legislative validations” – a retroactive validation by the Parliament of an administrative act which could have been struck down by a judge: the Court stated that the law validated by

³⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Marckx v. Belgium*, application no. 6833/741979. Judgment of the 13th June 1979. Available at: <<https://rm.coe.int/1680597b14>>. Access on: 30 oct. 2020.

³⁷ See for instance: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Djaid v. France*, application n° 38687/972009. Judgment of the 29th September 1999a. Available at: <<http://echr.ketse.com/doc/38687.97-en-19990929/>>. Access on: 30 oct. 2020.

³⁸ FRANCE. *Conseil d’Etat, Gardedieu*, arrêt du 8 février 2007. Available at: <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000018005399/>>. Access on: 29 oct. 2020.

³⁹ SAUVÉ, Jean-Marc. *Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés*. 2017. Available at: <<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-principe-de-proportionnalite-protecteur-des-libertes>>. Access on: 02 nov. 2020.

the Council still breached the convention⁴⁰. Following this position, the Constitutional Council established the « sufficient general interest » test – similar to the ECtHR’s « overriding general interest » test – in order to control proportionality in these cases. Likewise, the ECtHR declared a breach of articles 10 and 11 of the ECHR because the German Federal constitutional court had approved a decision dismissing a teacher as a civil servant because of her affiliation to the communist party⁴¹. As a principle, the ECtHR decided that judicial review must respect fair trial guarantees of article 6 of the ECHR when subjective rights are at stake in the judicial process⁴². Pursuant to this decision, on the 4th February 2010 the French Constitutional Council adopted new internal rules of procedure governing the “priority question of constitutionality” procedure. These included, among others, the adversarial principle, the removal of a judge (or the possibility to abstain) in case of conflict of interests and the requirement of a public hearing.

3.3. The legislative

The legislative bodies tend to lose power by being submitted to several legal duties. A good example is the new function of Parliament consisting in voting reforms according to pilot judgements delivered by the ECtHR. The case of the United Kingdom is particularly interesting in this perspective because of the existence of parliamentary sovereignty. To a certain extent, the introduction of the ECHR – with the case law of the ECtHR – has led to changes in British constitution by limiting the supremacy of the Parliament. According to the 2000 Human rights act, litigants may plead conventional rights against public authorities and courts may enforce these rights unless there is a conflicting statute, but certain judges have also the possibility to declare these statutes unconventional – even if they can’t annul them.

4. Limits to the peculiarity of public law

Several States parties have legal regimes based on civil law which are based on the distinction between private and public law. The latter being linked to the State, it usually derogates from “common legal regimes”, thus enjoying a privileged status. The ECtHR’s case law tends to erase or at least strongly limit this distinction by several means.

⁴⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Zielinski, Pradal, Gonzalez and al. v. France*, joined applications nos. 24846/94 and 34165/96 to 34173/961999. Judgment of the 28th October 1999c. Available at: <<http://zip.net/bytqh3>>. Access on: 01 nov. 2020.

⁴¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Vogt v. Germany*, application no. 17851/911995. Judgment of the 26th September 1995. Available at: <https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/ECtHR_Case%20of%20Rangelov%20v.%20Germany.docx>. Access on: 01 nov. 2020.

⁴² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Ruiz Mateos v. Spain*, application no. 12952/87. Judgment of the 23rd June 1993. Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-83260&file-name=RUIZ-MATEOS%20v.%20SPAIN.pdf>>. Access on: 01 nov. 2020.

these acts. The ECtHR on the contrary considers that the same standards – mainly fair trial rights derived from article 6 of the ECHR – should regulate all judicial proceedings. According to its interpretation of this provision, for example, the determination of “civil rights and obligations” depends on the criterion of the impact of a legal procedure on subjective patrimonial rights. This led to the extension of these standards to administrative decisions refusing the exercise of a profession, to the exercise of the right to property, to litigation between civil servants and the State as an employer, to proceedings before regulatory authorities... In order to abide by this case law, States parties often have to amend their laws and regulations. On the same token, the ECtHR considers that a “criminal charge” within the meaning of article 6 includes administrative and fiscal sanctions, the alternative criteria of this legal classification being the legal qualification of facts by national law, the nature of the facts and the severity of the sanction. This position led to a quarrel between the ECtHR and the French Council of State about the presence of the “*commissaire du gouvernement*” at the deliberation of administrative courts. The ECtHR considered that because this judge issued conclusions favoring one party to the dispute without the possibility to discuss them for the other party, his/her presence at the deliberation could influence the other judges and thus breach fair trial rules according to the ECHR. The Council of State tried to resist the reform implied by the Court’s position but at the end a decree of 2006⁴⁹ excluded the *commissaire du gouvernement* from the deliberations except in the Council of State unless a party asks for his/her exclusion. The name of this member of administrative courts has also been changed to the more neutral “public reporter”. Among many other examples, we can cite the extension of the freedom of expression (article 10 of the ECHR) and of the freedom of association (article 11) to the benefit of civil servants.

In so doing, the ECtHR also tends to provoke evolutions of the theory of spheres as conceived by several States parties⁵⁰. This theory traditionally distinguishes a private sphere (where the State can’t intrude in the exercise of rights), a public sphere (including public buildings and assets where some specific rules must be observed, notably by civil servants) and a public space where the State can only issue rules with the aim to articulate and harmonize the exercise of all human rights and to keep the public order safe for everyone. These spheres tend to get blurred nowadays by some activities like the Internet and by the ECtHR case-law on the exercise of the freedom of religion for example.

⁴⁹ FRANCE. **Décret n° 2006-964**, du 1er août 2006 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative. Available at: <<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000817686/>>. Access on: 30 oct. 2020.

⁵⁰ SAINT-BONNET, François. La liberté des Modernes et la partition de l’espace. **Droit & Philosophie**, p. 15-30, 2015.

5. Conclusion

The case-law of the ECtHR has clearly achieved many evolutions since the adoption of the ECHR in 1950, thus showing its influence over the domestic legal systems of the States parties, including public and constitutional law. However, this impact should not be overestimated because of several challenges the Court is actually facing. First of all, even if many States parties have introduced important changes into their legal systems, in some cases they show great resistance to the ECtHR's positions; the example of the United Kingdom on the issue of the right to vote of detainees is topical⁵¹. Moreover, some countries still suffer mass and systemic failures which persist even after the decisions of the Court trying to put pressure on them⁵².

From a theoretical point of view, we could also question to a certain extent the legitimacy of the ECtHR acting as a "constitutional judge". Indeed, the ECHR did not establish a true "European constitutional order" regulating a political entity with general jurisdiction (if compared to the European Union for instance) which receives delegation of power from the European people⁵³. The Court has an influence over the interpretation of domestic fundamental rights by creating a hierarchy between human rights, but conventional provisions set minimum standards, indeterminate, hence they need to be contextualized. As already seen, domestic judges can choose an interpretation giving more efficacy to the protection of human rights⁵⁴. The French Council of State, for instance, recognized to legal persons (local entities) the right to invoke the ECHR's rights against the State, while the ECtHR doesn't consider it as an obligation for States parties.

Due to the above, the impacts of the ECtHR should be regulated by a tight dialogue with domestic judges; hence several States parties created national bodies charged with monitoring the ECtHR case law in order to foresee some reforms of domestic law. These include specific parliamentary commissions ; the Council of State in France which gives consultative opinions to the government on conventionality of bills it wants to submit to the Parliament ; the French national consultative commission for human rights which can draw the attention of authorities on unconventional measures and is consulted on all governmental bills ; the Human rights act in the United Kingdom which provides for a parliamentary joint committee which controls bills concerning the protection of human rights⁵⁵...

⁵¹ See: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Prisoners' right to vote**. 2019. Available at: <https://www.echr.coe.int/documents/fs_prisoners_vote_eng.pdf>. Access on: 01 nov. 2020.

⁵² See on this issue: COUNCIL OF EUROPE. **Annual Report of the Committee of Ministers**. 2019. Available at: <<https://www.coe.int/en/web/execution/annual-reports>>. Access on: 30 oct. 2020.

⁵³ MATHIEU, Bertrand. Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme: Coexistence – Autorité – Conflits – Régulation. **Cahiers du Conseil constitutionnel**, n. 32, 2011.

⁵⁴ NOLLKAEMPER, Andre. Effect of the ECHR and Judgments of the ECtHR on National Law - Comments on the Paper of Enzo Cannizzaro. **The Italian Yearbook of international law**, v. 19, p. 189-197, 2009, p. 197.

⁵⁵ CALIGIURI, Andrea; NAPOLETANO, Nicola. Application of the ECHR in the Domestic Systems. **The Italian Yearbook of international law**, v. 20, p. 125-159, 2010, p. 147.

In any case, the judge empowered with judicial review has to be accountable for it. Protocol 16 which entered into force on the 1st August 2018 and provides for new means of cooperation between the ECtHR and domestic judges may open the path to a new balance of powers.

References

ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël. La prise en *compte* de la Convention européenne des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution? **Cahiers du Conseil constitutionnel**, n. 18, 2005.

ARCARI, Maurizio; NINATTI, Stefania. Narratives of Constitutionalization in the European Union Court of Justice and in the European Court of Human Rights Case Law. **ICL JOURNAL**, v. 11, n. 01, p 11-41, 2017.

CALIGIURI, Andrea; NAPOLETANO, Nicola. Application of the ECHR in the Domestic Systems. **The Italian Yearbook of international law**, v. 20, p. 125-159, 2010.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 71-44 DC**, 16 juillet 1971. Available at: <[CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 8-155 DC**, 30 décembre 1982. Available at: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1982/82155DC.htm>>. Access on : 29 oct. 2020.](https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144DC.htm#:~:text=Consid%C3%A9rant%20que%20la%20loi%20d%C3%A9f%C3%A9r%C3%A9e,2.>. Access on: 25 oct. 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 86-217 DC**, 18 décembre 1986. Available at: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/86217DC.htm>>. Access on: 28 oct. 2020.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 87-237 DC**, 30 décembre 1987. Available at: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1987/87237DC.htm>>. Access on: 29 oct. 2020.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 89-271 DC**, 11 janvier 1990. Available at: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1990/89271DC.htm>>. Access on: 28 oct. 2020.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 93-325 DC**, 13 août 1993. Available at: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1993/93325DC.htm>>. Access on: 28 oct. 2020.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 94-343/344 DC**, 27 juillet 1994. Available at: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1994/94343_344DC.htm>. Access on: 28 oct. 2020.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 99- 416 DC**, 23 juillet 1999a. Available at: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99416DC.htm>>. Access on: 28 oct. 2020.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 99-422 DC**, 21 décembre 1999b. Available at: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-99-422-dc-du-21-decembre-1999-saisine-par-60-deputes>>. Access on: 29 oct. 2020.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 2003-484 DC**, 20 novembre 2003a. Available at: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003484DC.htm>>. Access on: 28 oct. 2020.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 2003- 467 DC**, 13 mars 2003b. Available at: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communique/decision-n-2003-467-dc-du-13-mars-2003-communique-de-presse>>. Access on: 28 oct. 2020.

COUNCIL OF EUROPE. **Annual Report of the Committee of Ministers**. 2019. Available at: <<https://www.coe.int/en/web/execution/annual-reports>>. Access on: 30 oct. 2020.

COUNCIL OF EUROPE. **Impact of the European Convention on Human Rights**. Available at: <<https://www.coe.int/en/web/impact-convention-human-rights#/search/countries/France>>. Access on: 26 oct. 2020.

COUNCIL OF EUROPE. **Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**, restructuring the control machinery established thereby, 11 may 1994. Available at: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cda9>>. Access on: 26 oct. 2020.

EU CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS. **Constitution France**. Available at: <<https://fra.europa.eu/en/law-reference/constitution-3>>. Access on: 25 oct. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. ***Al Skeini and others v. the United Kingdom***, application no. 55721/072011. Judgment of the 7th July 2011. Available at: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:\[%22001-105606%22\]%7D](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:[%22001-105606%22]%7D)>. Access on: 03 nov. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. ***Anchugov and Gladkov v. Russia***, applications nos. 11157/04 and 15162/052013. Judgment of the 4th July 2013. Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-4425069-5319054&filename=003-4425069-5319054.pdf>>. Access on: 29 oct. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Annual Report**. 2019. Available at: <https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2019_ENG.pdf>. Access on: 25 oct. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. ***Assanidzé v. Georgia***, application no. 71503/01. Judgment of the 8th April 2004a. Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-4416&filename=002-4416.pdf&TID=ihgdqbxnfi>>. Access on: 29 oct. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. ***Bankovic and others v. Belgium and others***, application no. 52207/99. Judgement of the 12th December 2001. Available at: <<https://casebook.icrc.org/case-study/echr-bankovic-and-others-v-belgium-and-16-other-states>>. Access on: 03 nov. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. ***Broniowski v. Poland***, application no. 31443/96. Judgment of the 22nd June 2004b. Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-3696&filename=002-3696.pdf&TID=ihgdqbxnfi>>. Access on: 29 oct. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. ***Baka v. Hungary***, application no. 20261/12. Judgment of the 23rd June 2016. Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-144139>>. Access on: 29 oct. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocols No. 11 and No. 14**. 1950. Available at: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680063765#:~:text=Article%2035%20%E2%80%93%20Admissibility%20criteria,the%20final%20decision%20was%20taken.>>. Access on: 25 oct. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. ***Djaid v. France***, application n° 38687/972009. Judgment of the 29th September 1999a. Available at: <<http://echr.ketse.com/doc/38687.97-en-19990929/>>. Access on: 30 oct. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, application no. 27765/09. Judgment of the 23rd February 2012. Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-109231>>. Access on: 03 nov. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia*, application no. 48787/992004. Judgment of the 8th July 2004c. Available at: <<https://www.refworld.org/cases,ECHR,414d9df64.html>>. Access on: 03 nov. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Interlaken Declaration** - High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. 19th February 2010. Available at: <https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf>. Access on: 29 oct. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Internet**: case-law of the European Court of Human Rights. 2015. Available at: <https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_ENG.pdf>. Access on: 01 nov. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Loizidou v. Turkey*, application no. 15318/89. Judgment of 18th December 1996. Available at: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58007&filename=001-58007.pdf>>. Access on: 27 oct. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Marckx v. Belgium*, application no. 6833/741979. Judgment of the 13th June 1979. Available at: <<https://rm.coe.int/1680597b14>>. Access on: 30 oct. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *McGonnell v. the United Kingdom*, application no. 28488/952000. Judgment of the 8th February 2000. Available at: <<https://www.legal-tools.org/doc/190896/pdf/>>. Access on: 29 oct. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Micallef v. Malta*, application no. 17056/06. Judgment of 15th October 2009. Available at: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-95031&filename=001-95031.pdf&TID=aaouturhlg>>. Access on: 26 oct. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Prisoners' right to vote**. 2019. Available at: <https://www.echr.coe.int/documents/fs_prisoners_vote_eng.pdf>. Access on: 01 nov. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Ruiz Mateos v. Spain*, application no. 12952/87. Judgment of the 23rd June 1993. Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-83260&filename=RUIZ-MATEOS%20v.%20SPAIN.pdf>>. Access on: 01 nov. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Tatar v. Romania*, application no 67021/01. Judgment of 27th January 2009b. Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=003-2615810-2848789>>. Access on: 27 oct. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *United Communist party of Turkey and others v. Turkey*, application n° 133/1996/752/951. Judgment of the 30th January 1998. Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-58128>>. Access on: 29 oct. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Vogt v. Germany*, application no. 17851/911995. Judgment of the 26th September 1995. Available at: <https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/ECtHR_Case%20of%20Rangelov%20v.%20Germany.docx>. Access on: 01 nov. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Wille v. Liechtenstein*, application no. 28396/951999. Judgment of the 28th October 1999b. Available at: <https://www.echr.coe.int/Documents/CP_Liechtenstein_eng.pdf>. Access on: 30 oct. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Zielinski, Pradal, Gonzalez and al. v. France*, joined applications nos. 24846/94 and 34165/96 to 34173/961999. Judgment of the 28th October 1999c. Available at: <<http://zip.net/bytqh3>>. Access on: 01 nov. 2020.

FRANCE. **Conseil d'Etat, Gardedieu**, arrêt du 8 février 2007. Available at: <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000018005399/>>. Access on: 29 oct. 2020.

FRANCE. **Décret n° 2006-964**, du 1er août 2006 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative. Available at: <<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000817686/>>. Access on: 30 oct. 2020.

GRÜNVALDOVÁ, Vladimíra Pejchalová. General and Particular Approaches to Implementation of the European Convention on Human Rights. **Annuaire canadien de droit international**, vol. 55, p. 248-292, 2017.

ITALY. **Corte di Cassazione (Sez. I penale)**. *Somogyi*, 3 October 2006, n. 32678, IYL, vol. XVI, 2006.

MATHIEU, Bertrand. Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme: Coexistence – Autorité – Conflits – Régulation. **Cahiers du Conseil constitutionnel**, n. 32, 2011.

MURKENS, Jo Eric Khushal. Comparative Constitutional Law in the Courts: Reflections on the Originalists' Objections. **Verfassung und Recht in Übersee**, v. 41, issue 1, p. 31-50, 2008.

NOLLKAEMPER, Andre. Effect of the ECHR and Judgments of the ECtHR on National Law - Comments on the Paper of Enzo Cannizzaro. **The Italian Yearbook of international law**, v. 19, p. 189-197, 2009.

PELLET, Alain. La ratification par la France de la convention européenne des droits de l'homme. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger**, p. 1319-1377, 1974.

SAINT-BONNET, François. La liberté des Modernes et la partition de l'espace. **Droit & Philosophie**, p. 15-30, 2015.

SAUVÉ, Jean-Marc. **Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés**. 2017. Available at: <<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-principe-de-proportionnalite-protecteur-des-libertes>>. Access on: 02 nov. 2020.

TREATY ON EUROPEAN UNION. **Official Journal 115, 09 may 2008**. Available at: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12008M006:EN:HTML>>. Access on: 26 oct. 2020.

UNITED NATIONS. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**. 2001. Available at: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf>. Access on: 25 oct. 2020.

BREXIT, HUMAN RIGHTS AND THE ROLE OF CONSTITUTIONAL CULTURE

JAVIER GARCÍA OLIVA*

CONTENTS: 1. Introduction; 2. Constitutional Culture; 2.1. Constitutional Culture as a Concept; 2.2. Constitutional Culture and the United Kingdom; 3. Human Rights and British Constitutional Culture; 4. Brexit, Constitutional Culture and Human Rights; 4.1. Referenda and the British Constitution; 4.2. Parliament and the People; 5. Conclusions; References.

1. Introduction

At the time of writing, both the United Kingdom and the European Union are standing with their toes over the edge of the Brexit cliff, uncertain what awaits when they leap from the precipice.¹ Whilst there are innumerable unanswered questions, this article focuses on one particular aspect of the situation: namely the future of human rights in a post-Brexit United Kingdom. In order to fully explore this territory, it is essential to appreciate how both Brexit and Human Rights fit within the wider “Constitutional Culture” of the State. As we shall in due course argue, the notion of Constitutional Culture has not been in the forefront of either juridical or political thought, in the stumbling and contested journey towards a break with the European Union, and this oversight has been extremely damaging.

* Senior Lecturer in Law at The University of Manchester (Manchester, United Kingdom). LL.M and PhD (cum laude and European distinction) at the University of Cádiz. Research Fellowship at the Centre for Law and Religion, Cardiff University. Lecturer in Spanish Law, University of Oxford. Teaching Fellow at University College London. Research Associate at the Centre for Law and Religion (Cardiff University), Profesor Visitante del Centro de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, and Visiting Professor at Schulich School of Law, Dalhousie University (Canada). Membership Secretary of the UK Constitutional Law Association and Book Review Editor of ‘Law and Justice’. E-mail: javier.oliva@manchester.ac.uk. I am indebted to Dr Helen Hall, Senior Lecturer at Nottingham Trent University and my co-author in a wide range of publications, for her insightful and helpful comments on the first draft of this article.

¹ ROS, Taylor. Is Boris Johnson’s Brexit posturing just a power play? **LSE Brexit**, London, 31 jul. 2019. Available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2019/07/31/is-boris-johnsons-brexit-posturing-just-a-power-play/>>. Last accessed: 9 dec. 2019; SZUCKO, Angélica. The EU’s institutional response to the Brexit vote. **LSE Brexit**, London, 22 jul. 2019. Available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2019/07/22/eus-institutional-response-to-the-brexit-vote/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

In light of this, we are going to begin our discussion with an examination of what the concept of Constitutional Culture signifies, both generally, and also within the specific and idiosyncratic context of the United Kingdom. Once this groundwork is established, we shall be in a position to build upwards in layers: firstly, exploring how human rights fit within British Constitutional Culture; and secondly, assessing how the Brexit saga relates to both British Constitutional Culture and human rights as they exist within this paradigm. Having thus constructed our analytical tower, we shall have a good vantage point of the territory we are surveying, and shall be able to draw some general conclusions.

2. Constitutional Culture

2.1. Constitutional Culture as a Concept

It should surprise nobody that the concept of Constitutional Culture has been widely discussed by academic commentators within the United States,² given the place which the Constitution has in the popular imagination and discourse, and indeed, in forging the collective sense of national identity.³ Nevertheless, it is by no means confined to that setting, it is a concept of universal applicability, and authors from various jurisdictions have fruitfully applied it to their work.⁴ There is no single authoritative definition of the term, however Llewellyn's observation from the first half of the twentieth century goes a long way towards capturing its essence.⁵ He described the Constitution as "an institution" which provided a "*set of ways of living and doing*".

For current purposes, my own proposed definition would be as follows: "the collective set of norms which are *freely and widely embraced* to govern common life and decision making within the State".

Crucially, it must be understood that for a precept to be truly part of Constitutional Culture, it does not suffice to be able to point to an official instrument or declaration in which exists, nor some awareness of it in theory. For instance, although the 1936 Constitution of the USSR guaranteed freedom of religion,⁶ speech and assembly,⁷ these did not form part of the

² See for example GOLDSWORTHY, Jeffrey. Constitutional Cultures, Democracy, and Unwritten Principles. **University of Illinois Law Review**, Champaign, v. 18, n. 2, p. 683-710, apr. 2012.

³ KASPER, Eric T.; VIEREGGE, Quentin D. **The United States Constitution in Film: Part of Our National Culture**. New York: Lexington Books, 2018.

⁴ UTIZ, Renáta. The Constitutional Text in the Light of History. In: UITZ, Renáta. **Constitutions, Courts and History: Historical Narratives in Constitutional Adjudication**. Budapest: Central European University Press, 2005.

⁵ LLEWELLYN, K. N. The Constitution as an Institution. **Columbia Law Review**. New York, v. 34, n. 1, p. 1-40, jan. 1934.

⁶ UNITED SOCIALIST SOVIET REPUBLICS. **Constitution of 1936**, article 124.

⁷ UNITED SOCIALIST SOVIET REPUBLICS. **Constitution of 1936**, article 125.

Constitutional Culture of the USSR, as they were not present in the “living and doing” of that society. There was no widespread expectation that such rights were guaranteed, nor even a consensus that in practical terms they should have been. Conversely, it could justly be said that the social and medical provision for the sick and elderly, also assured in the Constitution,⁸ did truly form part of the Constitutional Culture, given that this was both implemented and widely accepted as a correct and legitimate principle.⁹ It should be stressed that Constitutional Culture is comprised of both legal and extra-legal sources, it is made up of both legal instruments and principles, as well as social and cultural expectations which exist in society, outside of the confines of the juridical framework

It must also be understood that Constitutional Culture entails more than the passive approval of a critical mass of citizens, even if this support is enthusiastic. As Mazzone argued in relation to the emergence of the United States as a nation State, the successful establishment of constitutional Government was only possible because the majority of ordinary Americans were prepared to accept that their collective life would be ordered by the constitutional document.¹⁰ His highly persuasive thesis is that there could have been no USA as we currently know it, with the Constitutional Culture which we now take for granted, had countless men and women whose lives did not make the history books, not chosen to come on board with the vision of the Founding Fathers.

Constitutional Culture does not describe abstract norms, but ones which lawyers, politicians and citizens in general accept and expect to be implemented. Giving them form and substance, assuring their continuity whilst imagining them afresh in each new generation is a project which can only really function at a societal level. As Heller expressed it, Constitutional Culture is formed: “not just by text, judges or legislators, but by the citizens who are its addressees and observe its norms”.¹¹

Having established this though, we are left with some interesting questions about contexts in which there is no codified constitutional document for citizens to affirm or reject, no bounded body of words to “address” the nation in Heller’s terminology. Clearly, we need to resolve this riddle when looking at the United Kingdom

⁸ UNITED SOCIALIST SOVIET REPUBLICS. *Constitution of 1936*, article 120.

⁹ MILLAR, James R. *Politics, Work, and Daily Life in the USSR: A Survey of Former Soviet Citizens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987. p. 49.

¹⁰ MAZZONE, Jason. The Creation of a Constitutional Culture. *Tulsa Law Review*, Tulsa, v. 40, n. 4, p. 961-683, oct./dec. 2004.

¹¹ HELLER, Hermann. The Nature and Structure of the State. *Cardozo Law Review*, New York, v. 18, n. 3, p. 1139-1216, dec. 1996.

2.2. Constitutional Culture and the United Kingdom

A provocative way of beginning this section would be to demand how a State can have a Constitutional Culture without having a Constitution, as many citizens, due to the idiosyncratic nature of our legal arrangements, consider that the United Kingdom does not have a Constitution as such. Nevertheless, the United Kingdom has a Constitution, which is uncodified, and in part unwritten, and as a result it is especially well placed to absorb some of the implications of Constitutional Culture.¹² Significantly, even States with a codified Constitution tend to have important streams of Constitutional Culture which spring from sources outside of their textual canon.

For instance, as Waldman¹³ has demonstrated, the place which the right to bear arms has within the American legal framework is one forged by judicial decisions, albeit in cases related to the Second Amendment. The evolution of this right and its place within modern law, and just as significantly, in contemporary American society well beyond courtrooms and universities, does not come from the codified corpus of the Constitution. Indeed, Cornell observes, there is a respected body of academic opinion arguing that what is now often trumpeted as an individual liberty, was in reality originally intended to guarantee only a collective freedom to bear arms in organised military groups.¹⁴ Yet the Second Amendment has become bound up with numerous narratives and identities aside from that revolutionaries resisting the oppression of the British Crown: inter alia, the rugged, hardworking and self-reliant pioneer, as well as honest citizens defending their life and property against lawlessness, and a whole spectrum of cultural tropes around race and gender.¹⁵

Undoubtedly, American debates on gun-control raise extremely complex and thought-provoking debates, and I have no desire to allow our current ship of discussion to get sucked in by weighing up the validity of such contentions. Nonetheless, I would like to simply observe that even in a paradigm with the archetypal codified constitutional document, there are key elements of Constitutional Culture formed by factors independent of the text. In other words, the Constitution as an *institution* for living and doing, and the expectations built upon it, are partially unwritten, even in the USA.

Therefore, given that Constitutional Culture does not flow from the gravitation pull of a single, sacred text, it is in no way problematic to suggest that it is also present in contexts without such a document. All States will indeed have some form of Constitutional Culture,

¹² ALLAN, Trevor. **The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law.** Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 17-54.

¹³ WALDMAN, Michael. **The Second Amendment: A Biography.** New York: Simon and Schuster, 2014. p. 161.

¹⁴ CORNELL, Saul. **A Well Regulated Militia: The Founding Fathers and the Origins of Gun Control in America.** Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 167-210.

¹⁵ For a variety of perspectives see YUILL, Kevin; STREET, Joe (Eds.). **The Second Amendment and Gun Control: Freedom, Fear and the American Constitution.** Abingdon: Routledge, 2017.

because in all contexts there will be a set of collective expectations about the operation of the legal and political framework. In Britain, part and parcel of this is the expectation that the Constitution is not a sacrosanct entity which should be self-contained or walled off, whilst constitutional principles are woven into the fabric of the juridical system as a whole. The lack of any rigid divide means that in both academia and practice, public lawyers must be familiar with private law principles and vice versa, and also the absence of any designated Constitutional Court means that there is no perception of the judiciary as the primary guardians of the constitutional order. In this framework, the judges are simply one of the bodies with a role to play in this.¹⁶ Consequently, it is natural that there is a sense of collective responsibility for the Constitution, as it is embodied in, not merely carried out, by political processes in which everybody has a stake.

Perhaps ironically, the American Revolution provides us with one of the most convincing proofs of this aspect of the British Constitution, and its Constitutional Culture. John Adams, one of the intellectual powerhouses behind the revolt, repeatedly stressed that the behaviour of the Parliament in Westminster was in flagrant breach of the British Constitution.¹⁷ Given that Britain did not provide for the colonies to send any representatives to that assembly, Adams and others regarded its demands for revenue as unconstitutional, and said so in those terms. Their basis for doing so was rooted in collective expectations which had gradually coalesced over time, as the concept of no taxation without representation was at the very least foreshadowed by the Magna Carta.¹⁸ Without a doubt the great XVII century Sir Edward Coke found within the then already ancient text a justification for asserting English liberties, much to the ire of Stuart Monarchs and the ultimate benefit of the parliamentary cause.¹⁹ One of the greatest sparks which set alight the conflagration of the Civil Wars, and eventually a period of Republican government, was Charles I's effort to use ship money as a backdoor means of levying tax without recalling Parliament.²⁰ This point was certainly not lost on the American Colonies when they found themselves subjected to the payment of duty

¹⁶ MASTERMAN, Roger. **The Separation of Powers in the Contemporary Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

¹⁷ ADAMS, John. **Instructions Adopted by the Braintree Town Meeting**. Available at: <<http://www.masshist.org/publications/adams-papers/index.php/view/PJA01d073>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

¹⁸ ENGLAND. **Magna Carta of 1215**, clause 14: "To obtain the general consent of the realm for the assessment of an 'aid' - except in the three cases specified above - or a 'scutage', we will cause the archbishops, bishops, abbots, earls, and greater barons to be summoned individually by letter. To those who hold lands directly of us we will cause a general summons to be issued, through the sheriffs and other officials, to come together on a fixed day (of which at least forty days notice shall be given) and at a fixed place. In all letters of summons, the cause of the summons will be stated. When a summons has been issued, the business appointed for the day shall go forward in accordance with the resolution of those present, even if not all those who were summoned have appeared." Available at: <<https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

¹⁹ BAKER, John. **The Reinvention of the Magna Carta**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. chapter 9.

²⁰ PURKISS, Diane. **The English Civil War**. London: Harper Perennial, 2006. p. 22-23.

without their consent, and as far as the rebels/patriots were concerned, long held liberties were being infringed.

Yet it is true that, as Baker demonstrates with great erudition, the Magna Carta had been interpreted for centuries in ways which would have astounded its original signatories,²¹ and the vindication for Adams' position did not really come from the words on the medieval parchment. Nevertheless, the notion that the Crown could not levy taxation without obtaining the agreement of its subjects, had smashed its way into British Constitutional Culture with the legitimating power of the Great Charter, and regardless of what the document said or was intended to say, it spawned a collective understanding that taxation without consent was not part of the English, and later British, mode of conducting civil affairs.

As we have already stressed, extra-textual sources of Constitutional Culture are by no means a unique feature of non-codified Constitutions. Notwithstanding this, it would be disingenuous to pretend that the lack of codification is not a complicating factor in some contexts. Obviously, there is a link between Constitutional Culture and the content of the State Constitution, and as we shall see in relation to Brexit, there is scope for confusion and anger when the legal content of the Constitution itself is not clear, and therefore the assumptions and expectations around it are not clear either.

Generally speaking, there is a risk of differing groups believing that their understanding of the rules is the correct one, and feeling aggrieved when these are not applied, especially by those wielding judicial or political power. It is a not that different from the situation in which a classic board game, such as Monopoly or Scrabble, is being played by a group of friends. It is indeed common for families to develop their own slight variations on the rules, yet for everyone to assume that their way of playing is the normative one. Despite the fact that trouble ensues when there is a clash of expectations, at least in that instance there is the possibility of reading the rule-book (or codified Constitution) provided in the box.

Of course, in the case of an uncoded Constitution, there is no safety valve of an agreed "rule-book" to which participants in disputes may have recourse, and rather than arguing about the meaning of certain rules, the discussion actually relates to their very existence. Passionate disagreements are likely to take place as a result. A recent example of this arose in relation to parliamentary procedure, when the Speaker applied a principle from the Erskine May handbook to prevent the then Prime Minister Theresa May from bringing forward a further vote on the proposed Brexit deal.²² The move was controversial, because he was known to personally oppose the agreement presented, and arguably he had not chosen to invoke the rule in relation to debates towards which he was personally sympathetic. In the

²¹ BAKER, John. **The Reinvention of the Magna Carta**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

²² CHAPLAIN, Chloe. What is Erskine May? The £400 handbook that guides Parliament and John Bercow's decisions? **Inews Briefing**, [s.l.], 19 mar. 2019. Available at: <<https://inews.co.uk/news/politics/what-is-erskine-may-parliamentary-rulebook/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

United Kingdom, although a member of one of the political parties, there is an uncompromising expectation that the Speaker remains a neutral figure, and it is rare for the holder of the office to even arouse suspicion of failing in this commitment, and controversy over the currency, and therefore validity, of a rule dating from the English Civil War did nothing to quell the political storm which blew up. Nevertheless, it is also important to observe that even had the rule been included within a codified Constitution, there would still have been ample scope for accusations of the Speaker having applied it in a partisan manner. It would be helpful to stress that the wording in dispute was as follows: *“a question being once made, and carried in the affirmative or negative, cannot be questioned again, but must stand as a judgement of the House”*.²³ *And thus gives plenty of scope for debate as to whether a question may be put before the House of Commons in the same session of Parliament, because if circumstances in the outside world change, then the “question” being raised is no longer the same, even if the wording of a Bill is unchanged. How different must the wording of the issue, or the external context be, in order to provide a “fresh” question and avoid infringing the precept? Obviously, there is no hard and fast answer, as human judgement must always be applied, giving rise to potential controversy. In light of this, codification is not a panacea against uncertainty, nor will alter the reality that constitutional matters occupy the borderland between law and politics.*

Furthermore, it is fair to highlight that not all aspects of the British Constitution are fluid or debatable, and a number of its fundamental characteristics are beyond doubt. It is a monarchical, representative parliamentary democracy, with established/quasi-established national Churches, and is supported by the key principles of the Rule of Law, Checks and Balances (sometimes designated a weak form of Separation of Powers) and Parliamentary Sovereignty.²⁴ Many modern commentators would also treat human rights as a constitutional pillar, a discussion to which we shall shortly return.²⁵

Nevertheless, the vast swathes of grey around the edges Constitution are perhaps another feature of British Constitutional Culture. Opinion polls continue to show widespread support for an “unwritten” Constitution, and many are proud of this national distinctiveness and regard the adaptability which it lends as an asset.²⁶ Although Tomkins is correct in noting the danger of binary distinctions between written and unwritten Constitutions, including the

²³ GARCÍA OLIVA, Javier; HALL, Helen. Parliament, the Executive and the Speaker. **Balancing Beliefs Blog**. 20 mar. 2019. Available at: <<http://www.projects.law.manchester.ac.uk/religion-law-and-the-constitution/parliament-and-executive-brexiteer-and-the-speaker/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

²⁴ GARCÍA OLIVA, Javier; HALL, Helen. **Religion, Law and the Constitution**: Balancing Beliefs in Britain. Abingdon: Routledge, 2017. chapters 1 and 2.

²⁵ ELLIOTT, Mark; THOMAS, Robert. **Public Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 759-815.

²⁶ UNITED KINGDOM. Parliament of the United Kingdom. **UK Parliament, A New Magna Carta?** Political and Constitutional Reform. Available at: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmselect/cmpol-con/463/46308.htm>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

casual assumption that the latter are more rigid than the former,²⁷ from the point of Constitutional Culture, this is a secondary issue. The key consideration is that people believe it to be flexible and actively embrace this dimension, and whether they are intellectually misguided to do so is a secondary point. In other words, the lack of codification does not leech away at legitimacy or willingness to participate.

Drawing these threads together, we can see that the United Kingdom not only has a rich and interesting constitutional framework, it also has a lively Constitutional Culture, a consideration which naturally brings us to our next question: how do human rights fit into this culture?

3. Human Rights and British Constitutional Culture

Anyone familiar with the present British context will be aware that to investigate this topic is to open a can, or possible several cans, of rather aggrieved worms. Taking a step backwards to begin with, it is important to appreciate some of the political build up to the Brexit vote and ensuing crisis. For decades there has been a simmering resentment in some quarters over what was perceived as “European interference” in British affairs and a humiliating loss of autonomy,²⁸ and this discontent extended to the jurisdiction of European Court of Human Rights in Strasbourg, as well as membership of the European Union. David Cameron promised repeal of the Human Rights Act as a manifesto pledge at the 2016 election, and replace it with a “British Bill of Rights”, a policy of which his successor Theresa May was also supportive.²⁹ In the event, Cameron’s premiership ended with resignation after the Brexit referendum, and Theresa May put dealing with the Human Rights Act “on ice” until Brexit was resolved.³⁰

In contrast, the position of the present Prime Minister Boris Johnson is more difficult to tease out, making it rather tricky to read the runes. He has spoken favourably about the Human Rights Act and even the Strasbourg Court, but at the same time stressed British sovereignty in deciding how to apply its rulings.³¹ Without doubt, it seems unlikely that there

²⁷ TOMKINS, Adam. **Public Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 7-10.

²⁸ FARRELL, Michelle; DRYWOOD, Eleanor; REYNOLDS, Stephanie; GREY, Harriet. Brexit and the Conservative Party Plans for the Human Rights Act. **Liverpool University Law Blog**, Liverpool, 1 feb. 2019. Available at: <<https://www.liverpool.ac.uk/law/news/articles/brexit-and-the-conservatives-plans-for-the-human-rights-act>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

²⁹ WILDING, Jo. The Business of Asylum Justice and the Future of Human Rights. In: SMYTH, Claire-Michelle; LANG, Richard (Eds.). **The Future of Human Rights in the UK**. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2017. p. 111-130, 102.

³⁰ MERRICK, Rob. Theresa May to Consider Axeing Human Rights Act After Brexit. **The Independent**, [s.l.], 18 jan. 2019. Available at: <<https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/theresa-may-human-rights-act-repeal-brexit-echr-commons-parliament-conservatives-a8734886.html>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

³¹ WALAWALKAR, Aaron. Boris Johnson: What is the next Prime Minister’s Human Rights Record? **Each Other blog**, 23 jul. 2019. Available at: <<https://rightsinfo.org/boris-johnsons-human-rights-record/>>. Last accessed:

could be any attempt to tackle another political leviathan whilst battling Brexit, so it appears probable that the Human Rights Act is secure in the short term at least. Furthermore, the indication that even if it was repealed, the statute would be replaced by another guarantee of rights, affirms the proposition that human rights are now part of British Constitutional Culture. Even those most hostile towards the Human Rights Act are not rejecting the concept or desirability of human rights per se, which suggests that this approach no longer has political traction.

In order to understand the significance of this, it is important to appreciate what the Human Rights Act did and did not do. The legislation in the late twentieth century brought the European Convention on Human Rights into domestic law for the first time (the United Kingdom is a dualist State, and therefore ratifying the treaty had not had this effect in the first place).³² This meant that for the first time, citizens had identifiable human rights which they could actively draw out and positively assert, but it is crucial to stress that this did *not* mean that prior to its passage, fundamental freedoms did not form part of the British Constitutional framework. As Feldman explained it, before the new legislation came into force, citizens enjoyed an “*undifferentiated mass of liberty*”,³³ or in other words, individuals and groups had a right to express religious beliefs or exercise free speech etc, unless prevented by lawful means. After the passage of the statute, this general concept of liberty was augmented by specific guarantees of particular freedoms, and it was possible to demand that the legal framework protected a positive and concrete right to freedom of religion, for example, by wearing a cross or a hijab at work.³⁴

There can be no denying that the Human Rights Act 1998 was a watershed moment in the United Kingdom’s legal history, and one which has gradually had a profound effect on British Constitutional Culture, at both a popular and practitioner level. Whilst judges are not permitted to “strike down” primary legislation, they are empowered to issue declarations of incompatibility, which are usually followed by the other branches of government.³⁵ Furthermore, the task of interpreting even primary legislation must be carried out through with cognisance of human rights, according to established principles. It is also true that although Parliament is free to ignore the Human Rights Act should it so chooses,³⁶ there are express mechanisms to ensure that the legislature must at least take into account of the implications

9 dec. 2019.

³² AUST, Anthony. **Handbook on International Law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 25.

³³ FELDMAN, David. **Civil Liberties and Human Rights in England and Wales**. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 68.

³⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Eweida vs. United Kingdom*, 2013.

³⁵ UNITED KINGDOM. **Human Rights Act**, s4.

³⁶ UNITED KINGDOM. **Human Rights Act**, ss3-4.

of proposed new law on Convention rights, and if it brushes them aside must be doing so publically and consciously.³⁷

Profound as this step change has been, the shift in thought-processes has not been confined to those who are tasked with crafting and interpreting laws. The implications of the cultural revolution can be observed at a popular level, in the reluctance of those who oppose the Human Rights Act to be seen to attack human rights per se, as this stance is unlikely to lead to gains at the ballot-box with the contemporary electorate. Anti-European rhetoric may be employed to attack a “non-British” embodiment of rights, and more subtly, to oppose external intervention in questions of balancing rights,³⁸ but it is now extremely difficult for politicians who wish to present themselves as caring, moderate and socially responsible, to reject the human rights project altogether, because this has become a position of fringe and extremist parties.

Although the importance of the societal move to embrace the language and ideology of human rights should not be underestimated, the seismic shift in judicial thinking is perhaps the biggest of the three developments so far outlined (cultural change for judges, Parliament and citizens in general). In addition to applying the statutory principles of the Human Rights Act, this can be seen plainly and dramatically observed in the resurgence of the concept of “Common Law Rights”. The theoretical underpinning of this lies in the notion that within the bundle of liberty described by Feldman, there have *always* been identifiable elements, which at times have been highlighted as the values which the legal system recognises and protects. For example, in the seminal XVIII century judgment in *Somerset v Stewart* Lord Mansfield had found that:

The state of slavery is of such a nature that it is incapable of being introduced on any reasons, moral or political, but only by positive law, which preserves its force long after the reasons, occasions, and time itself from whence it was created, is erased from memory. It is so odious, that nothing can be suffered to support it, but positive law. Whatever inconveniences, therefore, may follow from the decision, I cannot say this case is allowed or approved by the law of England; and therefore the black must be discharged.³⁹

In other words, chattel slavery was fundamentally incompatible with Common Law, and consequently, there was a right to freedom from slavery long before Article 4 of the ECHR

³⁷ UNITED KINGDOM. **Human Rights Act**, s19.

³⁸ GIANNOULOPOULOS, Dimitrios. Britain must hold fast to the European Convention on Human Rights as it leaves the EU. **LSE Brexit Blog**, London, 24 nov. 2016. Available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2016/11/24/britain-must-hold-fast-to-the-european-convention-on-human-rights-as-it-leaves-the-eu/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

³⁹ UNITED KINGDOM. Court of King’s Bench. *Somerset vs. Stewart*, 1772.

was incorporated into the British juridical framework.⁴⁰ If slavery had ever been approved by “positive law” or statute, the courts would have had no choice, but to yield. However, given that this was not the case, it would not support an institution which was contrary to core legal rights and principles.

It must be acknowledged that *Somerset’s Case* was special and very well-known in its day,⁴¹ and the clarity with which rights and overarching principles were discussed is not necessarily typical. The truth is that retracing the evolution of legal thinking on fundamental rights is ordinarily more complicated, taking into consideration that in reading pre-Human Rights Act case law it is often difficult to discern when the *underlying* values woven into the legal framework were being applied, as there was no need to articulate them, nor strong tradition of doing so.

Significantly, almost by definition, common assumptions about moral principles and liberty operated below the surface of judicial reasoning. For example, the “right” to corporal integrity is unquestionably at the heart of the ancient law of trespass, which encompasses a civil wrong as well as a crime, but in allowing an action in tort for trespass, historically speaking, courts would not announce that they were vindicating such a right.⁴² Nevertheless, when lawyers stepped back to write books, discuss matters extra-judicially or to engage in legal education, they were likely to spell out matters more clearly, and for instance, William Blackstone described trespass in the following terms: “Trespass, in its largest and most extensive sense, signifies any transgression or offense against the law of nature, of society, or of the country in which we live; whether it relates to a man’s person, or his property”.⁴³

Therefore, there is no question that these rights were present in the tradition of Common Law, although they were not always part of the everyday, bread and butter arguments which appeared in law reports. Yet after the passage of the Human Rights Act, when judges naturally became more conscious of rights, there was a much greater tendency to overtly state that human rights considerations were shaping their development of Common Law.⁴⁴ It must be remembered, of course, that Common Law evolves incrementally, and human rights arguments could never provide a bridge where there was an obvious chasm in legal princi-

⁴⁰ The nature of the dispute in *Somerset v Stewart*, and the way in which it was argued, make it appropriate to speak of “English law”.

⁴¹ HORNE, Gerald; HERRON, Larry. **The Counter Revolution of 1776: Slave Resistance and the Origins of the United States of America**. New York: New York University Press, 2014, p. 209.

⁴² UNITED KINGDOM. Court of King’s Bench. *Scott vs. Shepherd*, 1773.

⁴³ BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. Book 3. Clarendon Press at Oxford, 1765-1770. chapter 12.

⁴⁴ UNITED KINGDOM. England and Wales Court of Appeal. *Parkinson vs. St. James NHS Trust*, 2001; HERRING, Jonathan; WALL, Jesse. The nature and significance of the right to bodily integrity. **Cambridge Law Journal**, Cambridge, v. 76, n. 3, p. 566-588, nov. 2017.

ples,⁴⁵ but as commentators like Hunt⁴⁶ and Phillipson⁴⁷ have argued, there is the possibility for what they have termed “*weak horizontal direct effect*” of the Convention, which meant that the ECHR might provide Common Law with the impetus needed to jump from one stepping stone to another.

In an era when the Human Right Act appeared secure, there was no need to pay too much attention to this phenomenon. As Moreham has observed, Common Law rights frequently march in step with those of the Convention: where both would take the court to the same conclusion, it was of little consequence which one was placed in the foreground.⁴⁸ For example, as we have seen, both Article 4 ECHR and Common Law prohibit slavery and forced labour, and the underlying principles of both support the long established rule that a court will never grant the equitable remedy of “specific performance” in the case of an employment contract.⁴⁹ It has long been axiomatic this form of relief was not available, and it was no surprise that neither Common Law nor the ECHR would countenance compelling an individual to do a particular job on pain of punitive sanction. It goes without saying, ink is not spilt by lawyers where there is no debate to be had, and there was no need to labour trite points.

Yet this position has changed once the Human Rights Act appeared to be in real jeopardy, and significantly, when faced with its possible demise, British courts are rediscovering the language of Common Law rights. A clear and dramatic example of this is provided by the *UNISON* case,⁵⁰ which concerned a dispute over policy on legal aid, making the concept of a right to a fair trial central to the arguments. Remarkably, the Supreme Court chose to make its ruling entirely on the basis of the ancient and unquestioned Common Law right to a fair trial, and observed almost as a footnote that they could have reached the same conclusion via the application of Article 6.

In opting to apply Common Law rather than the Convention right here, the court was marking its territory with the determination (and indeed subtlety) of a dog at a lamppost, and whether or not Parliament might choose to repeal the Human Right Act, the application of human rights-based principles is now an established and non-negotiable mode of judicial interpretation. In other words, it has become part of British Constitutional culture.

⁴⁵ HARTSHORNE, John. The Need for an Intrusion upon Seclusion Privacy Tort within English Law. **Common Law World Review**, [s.l.], v. 46, n. 4, p. 287-305, nov. 2017.

⁴⁶ HUNT, Murray. The Horizontal Effect of the Human Rights Act. **Public Law**, London, n. 3, p. 423-443, sept./nov. 1998.

⁴⁷ PHILLIPSON, Gavin. The Human Rights Act, ‘Horizontal Effect’ and the Common Law: A Bang or a Whimper? **The Modern Law Review**, London, v. 62, n. 6, p. 824-849, nov. 1999.

⁴⁸ MOREHAM, Nicole. Douglas and Others v Hello—the Protection of Privacy in English Private Law. **Modern Law Review**, London, v. 64, n. 5, p. 767-774, nov. 2001.

⁴⁹ De Francesco v Barnum [1886-90]. In: **All England Law Reports Reprint**. London: Butterworths Law, 1996. p. 414, 418 per Fry LJ “I think that courts are bound to be jealous in case they should turn contracts of service into contracts of slavery”.

⁵⁰ UNITED KINGDOM. Supreme Court of the United Kingdom. R (UNISON) vs. Lord Chancellor, 2017.

Having made that statement, however, it must be emphasised that I am not implying that the Supreme Court adopted any artifice, nor invented a non-existent Common Law right. Quite the contrary, such a right does indeed have ancient pedigree and recognition, once again being rooted in the Magna Carta. It was also another concept cherished by John Adams, to whom I have already referred, who despite being a leading light of the patriot cause, bravely (and successfully) acted as a defence counsel for British soldiers accused of American murdering civilians in the “Boston massacre”.⁵¹ Even in the XVIII century and the midst of a gathering political storm, the idea of denying individuals a fair trial was repugnant to lawyers steeped in the British Common Law tradition, and therefore, I am certainly not presenting the Supreme Court as having somehow stealthily introduced the concept by sleight of hand in 2017.

My point really does not relate to *what* was done, but the chosen mode of doing it. In preferring to base their analysis on Common Law, rather than the obvious Convention right, which would have served equally well and without disadvantage, the court was trumpeting a loud message that independently of the Human Rights Act, *identifiable and enumerated* human rights are part of British Constitutional Culture, and will withstand the repeal of that statute. This is a very powerful statement.

Nevertheless, reassuring as this might be, the abolition of the Human Rights Act is not what is immediately on the cards. Rather we are staring down the barrel of Brexit, so we shall now address what this might mean for both British Constitutional culture and human rights.

4. Brexit, Constitutional Culture and Human Rights

The impact of Brexit on British Constitutional Culture is worthy of many books and articles, and I do not pretend to have the capacity to cover it in detail here. Some commentators like Gearty are even suggesting that the whole debacle has killed the Constitution as we know it.⁵² Not only do I lack the space within the current discourse, it is also without doubt too early to fully assess the influence of Brexit in this regard, as cultural change is a slow process and the story is still unfolding. Only when the dust settles, and a new form or normality is established, either post-Brexit, or (now far less likely) in the aftermath of a firm decision to recant and remain, we shall be able to start examining the new position. Consequently, I will confine myself to the two ways in which the Brexit saga has interacted with the pre-existing Constitutional Culture, in so far as both are directly pertinent to human rights: referenda and Parliament and the People.

⁵¹ HINDERAKER, Eric. *Boston's Massacre*. Cambridge: Harvard University Press, 2017. p. 201.

⁵² GEARTY, Conor. She's dead of course! The British Constitution and Human Rights. *LSE Brexit Blog*, London, 8 aug. 2019. Available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2019/07/03/shes-dead-of-course-the-british-constitution-brexit-and-human-rights/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

4.1. Referenda and the British Constitution

This is good illustration of the difference between Constitutional Law and Constitutional Culture. There is no legal obstacle to the use of referenda within the British framework, and they have taken place before, the most significant being the 1975 vote on continuing membership of the (then) European Community, the 2011 vote on electoral reform and the 2014 vote on Scottish Independence.⁵³ However, the United Kingdom has no strong tradition of referenda, meaning that they do not have a clear and settled place within Constitutional Culture. Moreover, the lack of codification meant that there was scope for confused expectations around the implications of the outcome, and the fact that the previous referenda which would have been highest in the public consciousness had all affirmed the status quo did not assist matters. When a referendum came back with a victory for change, pandemonium was inevitably unleashed.

As a matter of strict Constitutional Law, there is no doubt that the result of a referendum could only ever be advisory. Parliament is sovereign, those outside Parliament can express their opinions by referenda, petitioning, swamping social media, changing themselves to railings or however else they like, but its members are not legally obliged to listen.⁵⁴ In many countries which operate referenda as a regular part of their constitutional system, there are fixed rules which require more than a simple majority to change constitutional norms,⁵⁵ and also frequent attempts to ensure that questions are clearly phrased (although it must be acknowledged that the experience of jurisdictions like Canada suggests that this can be a fount of dispute in its own right).⁵⁶

The United Kingdom was faced with a narrow majority in favour of leaving the European Union, and ample room for debate about what “leaving” meant. Some Remain supporters have argued, for instance,⁵⁷ that people did not believe that in voting for Leave they were voting for a “no deal” Brexit, and were only consenting to a negotiated departure. On the other side of the boxing-ring, many Leavers are protesting that to refuse or to stall Brexit is anti-democratic, and that whatever the technical legal position might be, an expectation was generated that the result of the referendum would be respected. Clearly, there is some truth in

⁵³ UNITED KINGDOM. Parliament of the United Kingdom. **Referendums held in the UK**. Available at: <<https://www.parliament.uk/get-involved/elections/referendums-held-in-the-uk/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

⁵⁴ GARCÍA OLIVA, Javier; HALL, Helen. **Religion, Law and the Constitution: Balancing Beliefs in Britain**. Abingdon: Routledge, 2017. chapter 5.

⁵⁵ SVENSSON, Pale. Denmark: The Referendum as Minority Protection. In: ULERI, Pier Vincenzo; GALLAGHER, Michael (Eds.). **The Referendum Experience in Europe**. London: Macmillan, 1996. p. 33-51.

⁵⁶ RUSSEL, Peter. Constitution. COURTNEY, John C.; SMITH, David E. (Eds.). **The Oxford Handbook of Canadian Politics**. Oxford University Press: Oxford, 2010, p. 21-38.

⁵⁷ BARNES, Peter. Brexit: What Happens Now? **BBC News**, [s.l.], 31 oct. 2019. Available at: <<https://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-46393399>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

this assertion, and it would be laughable to suggest that the Government of David Cameron arranged a referendum out of curiosity to test the waters.

Gearty expresses a bewilderment, which many people share, in wondering what the thought-processes truly were behind the decision to hold a vote in the first place. This commentator is undoubtedly correct in pointing out that referenda are not an established part of British Constitutional Culture, and that many of our current woes stem from disregarding our own norms and practices. We have a long-established representative democracy, and referenda are simply not really how we “do” collective decision-making. Yet at the same time, there is a discomfort in some of the words with which he expresses his ire about a vote having been presented to the people:

It is not possible to detect any underlying rationale behind the ‘people’s vote’ – it is of the essence of populism of this sort – and as we all know Britain is not unique in its exposure to this kind of political engagement – that it knows what it does not like but has no clue as to what it wants. Depending on where you are, the vacuum gets filled by appeals to emotion that are rooted in any or all of nationalism, xenophobia and/or a personality cult. In the UK, I’d say this is mainly a geographically limited version of the first – English nationalist daydreaming rooted in fantasy history – but also a fair bit of cult (Farage, with Johnson jostling him for space) and among a few a particular subset of xenophobia, the deeply unpleasant one that is rooted in traditional racism.⁵⁸

The implication of this highly articulate passage, is that “the people” should not have been given the opportunity to make a direct decision, as they were incapable of sifting the arguments and voting on the basis of something other than emotion and a heady cocktail of xenophobia and nationalism, laced with celebrity. This raises two questions: firstly, is that a just assessment of the British population and its capacities? and secondly, if it is, does it actually negate their “right” to democratically determine their own destiny? Which brings us to our second and closely related question of the relationship between Parliament and the People.

4.2. Parliament and the People

This is another aspect of British Constitutional Culture raised by Brexit. Unlike the use of referenda, we are not concerned here with a decision which has gone against the grain of prevailing Constitutional Culture, but rather a saga which has revealed a long-standing, dysfunctional aspect to it. The conflicts of the XVII century resolved the balance of power between Parliament and the Crown, or the Legislature and the Executive, squarely in favour of Parliament. This position was robustly affirmed in the Brexit process, with the Supreme

⁵⁸ GEARTY, Conor. She’s dead of course! The British Constitution and Human Rights. **LSE Brexit Blog**, London, 8 aug. 2019. Available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2019/07/03/shes-dead-of-course-the-british-constitution-brexit-and-human-rights/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

Court's confirmation that the Executive could not trigger Britain's withdrawal without parliamentary empowerment.⁵⁹ In short, the *Miller* case turned on the principle that the Government could not unilaterally take action which would remove legal rights conferred by an Act of Parliament. It should be noted that even the dissenting judgment given by Lord Reed, was predicated on the basis that a proper interpretation of the European Communities Act 1972 meant that in withdrawing from the EU, the Government would *not* be removing statutory rights (as they were conferred to subsist only during EU membership), and not a single judge in the Supreme Court doubted Parliament's sovereignty. In fact, its dominance over the Executive was affirmed time and again during the troubled premiership of Theresa May.

However, this leaves open the matter of the relationship between Parliament and the People. One of the reasons why the debates around the meaning of the Brexit vote, and indeed the *Miller* case, have been so vituperative, is that both sides have been convinced that they are the ones truly advocating for "the People". There is a long-standing school of British political thought, put forward by the Enlightenment politician and philosopher Edmund Burke, that MPs owe their constituents their judgement and integrity. In other words, they are *not* representatives in the sense of voting according to the wishes of their electors, rather they are delegated to make such decisions as they see fit to further the common good. On this basis, an MP should never vote against his or her own conscience, and endorse decisions which they believe to be wrong or damaging, purely because their constituents are clamouring for it.⁶⁰

Applying this approach, there is nothing problematic about suggesting that Parliamentarians should resist either Brexit or a "no-deal" Brexit, if they truly believe it to be destructive to the common good, but the complicating factor is that Edmund Burke was a Tory politician and has become associated with right-wing political thought, whereas the Remain/Brexit divide is not a fissure along Left/Right lines. Remarkably, many of the individuals championing the supremacy of Parliament are not from parts of the political spectrum which would ordinarily look favourably on a paternalistic approach towards governance.

The truth is that this is an aspect which British Constitutional Culture never truly came to terms with, from the Early Modern period onwards. The Civil Wars of the XVII century ended in a political meltdown and a military take-over, when the gentry in the House of Commons and the aristocracy in the House of Lords were dismissive of the views of the soldiers who had fought an ideological war.⁶¹ The English Republic, however, ended with the Restoration of Charles II in 1660, and from this time onwards Parliament was firmly in control

⁵⁹ UNITED KINGDOM. United Kingdom Supreme Court. *R (Miller) vs. Secretary of State for Exiting the European Union*, 2017.

⁶⁰ UNITED KINGDOM. United Kingdom Supreme Court. *R (Miller) vs. Secretary of State for Exiting the European Union*, 2017.

⁶¹ HILL, Christopher. **The World Turned Upside Down: Radical ideas during the English Revolution**. London: Penguin, 2019.

once more, as the “Glorious Revolution” demonstrated (a bloodless coup orchestrated by Parliament in which James II was deposed and his son-in-law/nephew William of Orange and daughter Mary came to the throne).⁶²

Yet as is well known, unlike most other European nations, Britain did not see revolution in the XVIII, XIX or XX centuries. It slowly and incrementally transitioned from government by a propertied male elite, to a liberal, representative democracy in which all adult members had the expectation of participation. This meant that there was never a decisive moment when the relationship between the Legislature and the people of the State was ever hammered out, either through political conflict, or debate following a crisis, and this also goes a long way towards explaining the somewhat alien nature of referenda in the British context, there was never a moment when circumstances necessitated identifying fundamental constitutional values which *required* a popular, democratic decision to overturn, and therefore, also set out the parameters and mechanisms within which they could be set.

Nevertheless, the issue is wider than referenda alone (discussed in the previous section), and it may be that Brexit is the crisis which finally forces the United Kingdom to think through how our sovereign Parliament should relate to the electorate as a whole in the modern era. In confronting this aspect of our Constitutional Culture, which has often been swept under the carpet, we would be not only strengthening the realisation of the fundamental right to participate in democratic government, but we would also be embracing all other rights guaranteed by a liberal democratic State. In light of this finding, we have arrived at an apt point to take stock of journey.

5. Conclusions

Having addressed the nature of British Constitutional Culture, the place of human rights within it and the impact which the Brexit process is starting to have, what conclusions can we draw? It is very much a tale of two halves, although the future of both are, of course, entwined.

On the one hand, it is impossible to deny the fault lines which have opened up in terms of our democratic processes. It is difficult to see how anyone, from any side of the political spectrum or Brexit debate, could assert that chaos caused by a referendum has been satisfactory, and that we need to collectively make an overall assessment of how we do democracy and why. Should referenda play a part in our democratic processes, and if so, when and how? This is not a question simply about Constitutional Law and procedure, it goes directly to the heart of human rights, because such rights need a functional, liberal democratic context in which to live and flourish.

⁶² GARCÍA OLIVA, Javier; HALL, Helen. **Religion, Law and the Constitution: Balancing Beliefs in Britain**. Abingdon: Routledge, 2017. chapter 1.

More optimistically, perhaps, we have seen how robust the concept of human rights has become in British Constitutional Culture, and there is now no suggestion that they are a recent, destructive import. Their place within the legal framework is secure, and the judiciary have indicated their commitment to applying them in their adjudication, regardless of the repeal of the Human Rights Act or the ultimate trajectory of the Brexit process. It is also reassuring that human rights are now embedded in popular Constitutional Culture, and that politicians of all stripes (save for the extreme fringes) accept that conceptually they must remain part of our common values.

Whatever form of new Constitutional Culture and settlement we ultimately emerge with, it is at least clear that human rights, in sense of identifiable freedoms which can be named and asserted, will have a prized place within its framework.

References

ADAMS, John. **Instructions Adopted by the Braintree Town Meeting**. Available at: <<http://www.masshist.org/publications/adams-papers/index.php/view/PJA01d073>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

ALLAN, Trevor. **The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

AUST, Anthony. **Handbook on International Law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

BAKER, John. **The Reinvention of the Magna Carta**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

BARNES, Peter. Brexit: What Happens Now? **BBC News**, [s.l.], 31 oct. 2019. Available at: <<https://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-46393399>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. Book 3. Clarendon Press at Oxford, 1765-1770.

BURKE, Edmund. **Writings and Speeches of Edmund Burke**. New York: Cosimo Classics, 2008.

CHAPLAIN, Chloe. What is Erskine May? The £400 handbook that guides Parliament and John Bercow's decisions? **Inews Briefing**, [s.l.], 19 mar. 2019. Available at: <<https://inews.co.uk/news/politics/what-is-erskine-may-parliamentary-rulebook/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

CORNELL, Saul. **A Well Regulated Militia: The Founding Fathers and the Origins of Gun Control in America**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

De Francesco v Barnum [1886-90]. In: **All England Law Reports Reprint**. London: Butterworths Law, 1996. p. 414, 418 per Fry LJ "I think that courts are bound to be jealous in case they should turn contracts of service into contracts of slavery".

ELLIOTT, Mark; THOMAS, Robert. **Public Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Eweida vs. United Kingdom*, 2013.

FARRELL, Michelle; DRYWOOD, Eleanor; REYNOLDS, Stephanie; GREY, Harriet. Brexit and the Conservative Party Plans for the Human Rights Act. **Liverpool University Law Blog**, Liverpool, 1 feb. 2019. Available at: <<https://www.liverpool.ac.uk/law/news/articles/brexit-and-the-conservatives-plans-for-the-human-rights-act>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

FELDMAN, David. **Civil Liberties and Human Rights in England and Wales**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

GARCÍA OLIVA, Javier; HALL, Helen. Parliament, the Executive and the Speaker. **Balancing Beliefs Blog**. 20 mar. 2019. Available at: <<http://www.projects.law.manchester.ac.uk/religion-law-and-the-constitution/parliament-and-executive-brexit-and-the-speaker/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

GARCÍA OLIVA, Javier; HALL, Helen. **Religion, Law and the Constitution: Balancing Beliefs in Britain**. Abingdon: Routledge, 2017.

GEARTY, Conor. She's dead of course! The British Constitution and Human Rights. **LSE Brexit Blog**, London, 8 aug. 2019. Available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2019/07/03/shes-dead-of-course-the-british-constitution-brexit-and-human-rights/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

GEARTY, Conor. She's dead of course! The British Constitution and Human Rights. **LSE Brexit Blog**, London, 8 aug. 2019. Available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2019/07/03/shes-dead-of-course-the-british-constitution-brexit-and-human-rights/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

GIANNOULOPOULOS, Dimitrios. Britain must hold fast to the European Convention on Human Rights as it leaves the EU. **LSE Brexit**, London, 24 nov. 2016. Available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2016/11/24/britain-must-hold-fast-to-the-european-convention-on-human-rights-as-it-leaves-the-eu/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. Constitutional Cultures, Democracy, and Unwritten Principles. **University of Illinois Law Review**, Campaign, v. 18, n. 2, p. 683-710, apr. 2012.

HARTSHORNE, John. The Need for an Intrusion upon Seclusion Privacy Tort within English Law. **Common Law World Review**, [s.l.], v. 46, n. 4, p. 287-305, nov. 2017.

HELLER, Hermann. The Nature and Structure of the State. **Cardozo Law Review**, New York, v. 18, n. 3, p. 1139-1216, dec. 1996.

HERRING, Jonathan; WALL, Jesse. The nature and significance of the right to bodily integrity. **Cambridge Law Journal**, Cambridge, v. 76, n. 3, p. 566-588, nov. 2017.

HILL, Christopher. **The World Turned Upside Down: Radical ideas during the English Revolution**. London: Penguin, 2019.

HINDERAKER, Eric. **Boston's Massacre**. Cambridge: Harvard University Press, 2017.

HORNE, Gerald; HERRON, Larry. **The Counter Revolution of 1776: Slave Resistance and the Origins of the United States of America**. New York: New York University Press, 2014.

HUNT, Murray. The Horizontal Effect of the Human Rights Act. **Public Law**, London, n. 3, p. 423-443, sept./nov. 1998.

KASPER, Eric T.; VIeregge, Quentin D. **The United States Constitution in Film: Part of Our National Culture**. New York: Lexington Books, 2018.

LLEWELLYN, K. N. The Constitution as an Institution. **Columbia Law Review**. New York, v. 34, n. 1, p. 1-40, jan. 1934.

MASTERMAN, Roger. **The Separation of Powers in the Contemporary Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MAZZONE, Jason. The Creation of a Constitutional Culture. **Tulsa Law Review**, Tulsa, v. 40, n. 4, p. 961-683, oct./dec. 2004.

MERRICK, Rob. Theresa May to Consider Axeing Human Rights Act After Brexit. **The Independent**, [s.l.], 18 jan. 2019. Available at: <<https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/theresa-may-human-rights-act-repeal-brexitechr-commons-parliament-conservatives-a8734886.html>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

MILLAR, James R. **Politics, Work, and Daily Life in the USSR: A Survey of Former Soviet Citizens**. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

MOREHAM, Nicole. Douglas and Others v Hello—the Protection of Privacy in English Private Law. **Modern Law Review**, London, v. 64, n. 5, p. 767-774, nov. 2001.

PHILLIPSON, Gavin. The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: A Bang or a Whimper? **The Modern Law Review**, London, v. 62, n. 6, p. 824-849, nov. 1999.

PURKISS, Diane. **The English Civil War**. London: Harper Perennial, 2006.

ROS, Taylor. Is Boris Johnson's Brexit posturing just a power play? **LSE Brexit**, London, 31 jul. 2019. Available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2019/07/31/is-boris-johnsons-brexit-posturing-just-a-power-play/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

RUSSEL, Peter. Constitution. COURTNEY, John C.; SMITH, David E. (Eds.). **The Oxford Handbook of Canadian Politics**. Oxford University Press: Oxford, 2010.

SVENSSON, Pale. Denmark: The Referendum as Minority Protection. In: ULERI, Pier Vincenzo; GALLAGHER, Michael (Eds.). **The Referendum Experience in Europe**. London: Macmillan, 1996. p. 33-51.

SZUCKO, Angélica. The EU's institutional response to the Brexit vote. **LSE Brexit**, London, 22 jul. 2019. Available at: <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2019/07/22/eus-institutional-response-to-the-brexit-vote/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

TOMKINS, Adam. **Public Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

UNITED KINGDOM. Court of King's Bench. *Scott vs. Shepherd*, 1773.

UNITED KINGDOM. Court of King's Bench. *Somerset vs. Stewart*, 1772.

UNITED KINGDOM. England and Wales Court of Appeal. *Parkinson vs. St. James NHS Trust*, 2001.

UNITED KINGDOM. Parliament of the United Kingdom. **Referendums held in the UK**. Available at: <<https://www.parliament.uk/get-involved/elections/referendums-held-in-the-uk/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

UNITED KINGDOM. Parliament of the United Kingdom. **UK Parliament, A New Magna Carta?** Political and Constitutional Reform. Available at: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmselect/compolcon/463/46308.htm>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

UNITED KINGDOM. Supreme Court of the United Kingdom. *R (UNISON) vs. Lord Chancellor*, 2017.

UNITED KINGDOM. United Kingdom Supreme Court. *R (Miller) vs. Secretary of State for Exiting the European Union*, 2017.

UTIZ, Renáta. The Constitutional Text in the Light of History. In: UITZ, Renáta. **Constitutions, Courts and History: Historical Narratives in Constitutional Adjudication**. Budapest: Central European University Press, 2005.

WALAWALKAR, Aaron. Boris Johnson: What is the next Prime Minister's Human Rights Record? **Each Other blog**, 23 jul. 2019. Available at: <<https://rightsinfo.org/boris-johnsons-human-rights-record/>>. Last accessed: 9 dec. 2019.

WALDMAN, Michael. **The Second Amendment: A Biography**. New York: Simon and Schuster, 2014.

WILDING, Jo. The Business of Asylum Justice and the Future of Human Rights. In: SMYTH, Claire-Michelle; LANG, Richard (Eds.). **The Future of Human Rights in the UK**. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2017.

YUILL, Kevin; STREET, Joe (Eds.). **The Second Amendment and Gun Control: Freedom, Fear and the American Constitution**. Abingdon: Routledge, 2017.

¿UNA PARADOJA INTERAMERICANA? CHILE, UN ESTADO QUE CUMPLE LAS SENTENCIAS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, PERO QUE IMPULSA SU REFORMA

ÁLVARO PAÚL*

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Chile y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; 2.1. Sentencias de la Corte Interamericana que involucran al Estado de Chile; 2.2. Cumplimiento de sentencias por parte del Estado de Chile; 2.3. Ordenamiento jurídico chileno y cumplimiento de las sentencias de la Corte; 2.4. Control de convencionalidad y ordenamiento jurídico chileno; 3. Declaración liderada por Chile sobre Mejoras al Sistema Interamericano; 3.1. Cuestiones generales; 3.2. Consideración de cada una de las cinco propuestas; 3.2.1. Principio de subsidiariedad; 3.2.2. Legítima autonomía; 3.2.3. Atraso procesal y garantías; 3.2.4. Derechos y su aplicación; 3.2.5. Reparaciones; 4. Conclusiones; Referencias.

1. Introducción

¿Es posible que un Estado critique al sistema interamericano de derechos humanos sin que busque debilitarlo? Esta pregunta es razonable, a la luz de algunos procedimientos de “fortalecimiento” que algunos Estados poco comprometidos con el Sistema Interamericano han planteado, por ejemplo, en los años noventa, o más recientemente, en 2011¹. Dicha interrogante es también fundamental para interpretar adecuadamente la declaración que los Estados de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay presentaron el 11 de abril de 2019 al Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)², en la

* Profesor Asociado de la Pontificia Universidad Católica de Chile (Santiago, Chile). Doctor en Derecho por Trinity College Dublin, Master en Derecho (MJur) por la Universidad de Oxford, y Graduado de la Universidad de los Andes (Chile). Ha sido pasante o visitante de estudios en la Corte Interamericana de DD.HH., la Comisión Interamericana de DD.HH. y el Tribunal Europeo de DD.HH. E-mail: alvaro.paul@uc.cl.

¹ NIKKEN, Pedro. El Sedimente 'Fortalecimiento' del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sus Dobles Estándares Frente a las Obligaciones Internacionales de los Estados Americanos. **Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, vol. 56, p. 76-80, jul.-dic.2012.

² GOBIERNO NACIONAL DE PARAGUAY. Gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay se Manifiestan sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **Gobierno Nacional de Paraguay**, Asunción, Abr. 24,

que plantean ciertas inquietudes que les genera el actuar de los órganos del Sistema Interamericano. Esta declaración presenta reparos tanto a la CIDH como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La Declaración generó mucho revuelo en el ámbito interamericano, tanto por parte de la academia como de los litigantes. La CIDH reaccionó ponderadamente frente a la Declaración, pues fijó su posición en los siguientes términos:

La CIDH ha recibido una Declaración suscrita por Chile, Argentina, Brasil, Colombia y Paraguay que señala la importancia del [Sistema Interamericano de Derechos Humanos] y hace sugerencias para mejorar su eficacia. La CIDH valora la postura constructiva de los Estados y examinará el tema durante sus próximas Sesiones.³

En cambio, otros actores no tuvieron la misma disposición frente a esta declaración. En efecto, un grupo importante de académicos redactaron un posicionamiento que critica profusamente la Declaración⁴, y organizaciones no gubernamentales como *Human Rights Watch* y *Amnistía Internacional* atacaron la iniciativa de tales cinco Estados⁵.

Para resolver la interrogante de si es posible que un Estado critique al Sistema sin buscar debilitarlo, analizaremos el caso práctico de Chile. No nos centraremos en este Estado porque el autor de este trabajo es chileno, sino porque, según indica la prensa, dicho Estado sería el promotor de la declaración de los cinco Estados⁶. Observaremos la actitud del Estado de Chile ante el Sistema Interamericano, analizaremos si tiene altas tasas de cumpli-

2019. Disponible en <<https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>>. Acceso en: 6 ago. 2019.

³ La CIDH no emitió ningún comunicado de prensa oficial, pero se pronunció en Twitter sobre este documento: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (@CIDH). La CIDH ha recibido una Declaración suscrita por Chile, Argentina, Brasil, Colombia y Paraguay que señala la importancia del SIDH y hace sugerencias para mejorar su eficacia. La CIDH valora la postura constructiva de los Estados y examinará el tema durante sus próximas Sesiones. **Twitter**, Abr. 23, 2019. Disponible en: <<https://twitter.com/cidh/status/1120750186219868162?lang=en>>. Acceso en: 6 ago. 2019. Llama la atención que la Comisión reaccionara a esta declaración sólo mediante un comentario en la red social Twitter, en lugar de elaborar un comunicado de prensa formal.

⁴ MADRAZO LAJOUS, Alejandro et al. **Posicionamiento frente a la Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**, Ciudad de México, May. 9, 2019. Disponible en <https://ibero.mx/files/2019/posicionamiento_cidh_ibero_osidh.pdf>. Acceso en: 6 ago. 2019.

⁵ MASERI, Sergio Gómez. HRW denuncia ataque de Colombia y otros países contra la CIDH. **El Tiempo**, Washington, Abr. 24. Disponible en <<https://www.eltiempo.com/mundo/eeuu-y-canada/denuncian-ataque-de-colombia-y-otros-paises-contra-la-cidh-353034>>. Acceso en: 6 ago. 2019; TUCKER, Duncan. Américas. Sistema Interamericano constituye una garantía fundamental para la vigencia de los derechos humanos en la región. **Amnistía Internacional**, Abr. 24. Disponible en <<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2019/04/americas-sistema-interamericano-fundamental-para-derechos-humanos/>>. Acceso en: 17 sep. 2019.

⁶ COOPERATIVA.CL. Prensa argentina: Piñera pidió a Macri apoyar sus críticas a la CIDH. **Cooperativa.CL**, Abr. 24. Disponible en <<https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/relaciones-exteriores/prensa-argentina-pinera-pidio-a-macri-apoyar-sus-criticas-a-la-cidh/2019-04-24/193120.htm>>. Acceso en: 6 ago. 2019; COOPERATIVA.CL. Human Rights Watch: Gobierno de Piñera impulsó críticas internacionales a CIDH. **Cooperativa.CL**, Abr. 25.

miento de las sentencias de la Corte IDH, pues ello denotaría un compromiso con el Sistema, lo que sería un indicio de que no busca debilitarlo. En segundo lugar, luego de demostrar que Chile se encuentra dentro de los Estados que más cumplen con las sentencias de la Corte, analizaremos cada una de las peticiones de la declaración de los cinco Estados, para poder juzgar en su mérito si ellas son o no razonables, y así determinar si Chile estaría encabezando una cruzada en contra del Sistema Interamericano, o si sus críticas constituyen ideas para una reforma que perfeccione el Sistema.

Hay un tema relevante que no puede ser ignorado por este artículo: los actuales gobiernos de todos los Estados autores de la Declaración son de una tendencia política de centroderecha. Nos parece que esta posición política no tiene mayor relevancia al tratar de desentrañar las intenciones favorables o desfavorables de la Declaración hacia el Sistema. En efecto, los gobiernos de uno u otro sector del espectro político pueden tener tanto buenas como malas intenciones frente al Sistema interamericano. Por lo demás, el anterior gobierno del actual Presidente de Chile, Sebastián Piñera, mantuvo la actitud de compromiso con el Sistema Interamericano que tuvieron los gobiernos que lo precedieron. Así, la tendencia política del impulsor de la medida no nos parece significativa para los efectos de responder la pregunta planteada más arriba. Sólo sería relevante para explicar por qué el Estado impulsor de la Declaración buscó apoyo entre los gobiernos de los demás Estados firmantes. Por lo anterior, este artículo no dará mayor tratamiento a este asunto político.

2. Chile y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

2.1. Sentencias de la Corte Interamericana que involucran al Estado de Chile

Si se hiciera un ranking de los Estados que más han sido sometidos a Corte Interamericana de Derechos Humanos, Chile se encontraría, junto con México, en el séptimo lugar de entre los 20 Estados que están actualmente sometidos a la jurisdicción de la Corte IDH⁷. En otras palabras, en atención a esta variable, Chile es un Estado promedio, inclinado levemente hacia los Estados que más causas han enfrentado ante la Corte IDH. Desde 1990, año en que Chile se sometió a la jurisdicción de la Corte, ésta ha fallado diez casos en su contra. Varios de los casos que han afectado a este Estado han sido emblemáticos y de gran importancia para el devenir del Sistema. Así, por ejemplo, el primer caso contra Chile, el de

Disponible en <<https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/relaciones-exteriores/human-rights-watch-gobierno-de-pinera-impulso-criticas-internacionales/2019-04-25/084313.html>>. Acceso en: 6 ago. 2019.

⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe Anual 2018**, p. 86, 2019. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/espanol.pdf>>. Acceso en: 06 ago. 2019.

La Última Tentación de Cristo, le sirvió a la Corte para referirse a la libertad de expresión⁸, poniendo un paréntesis a los casos sobre el derecho a la vida y la prohibición de la tortura; en el caso *Almonacid Arellano*, la Corte creó la doctrina del control de convencionalidad⁹, y con el caso *Atala Riffo*, la Corte entró de lleno en el tema de la orientación sexual, una materia que genera una importante división entre la población americana¹⁰.

En estos diez casos, la Corte IDH ha ordenado reparaciones que parecen ser particularmente complejas. Así, por dar solo algunos ejemplos, la Corte ha obligado a Chile a: modificar su Constitución Política¹¹, reformar su legislación sobre procedimientos penales militares¹², asegurarse de que la Ley de Amnistía dictada en la última dictadura no siguiera surtiendo efectos¹³, revisar o anular condenas dictadas por Consejos de Guerra al comienzo del Régimen Militar¹⁴, dejar sin efecto sentencias dictadas por su Corte Suprema en plena democracia¹⁵, y pagar algunas de las mayores sumas individuales ordenadas por la Corte IDH como indemnizaciones de perjuicios¹⁶.

2.2. Cumplimiento de sentencias por parte del Estado de Chile

El Estado de Chile ha cumplido de muy buen grado ciertas reparaciones exigidas por la Corte IDH, pues algunas de ellas eran claramente necesarias y tendrían un efecto altamente valorado en el país¹⁷. Por ejemplo, la sentencia del caso *Claude Reyes* exigió establecer

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Olmedo Bustos y Otros vs. Chile (La Última Tentación de Cristo)**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 73. Publicado en 5 feb. 2001.

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 154, párr. 124. Publicado en 26 sep. 2006.

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 239. Publicado en 24 feb. 2001.

¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Olmedo Bustos y Otros vs. Chile (La Última Tentación de Cristo)**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 73, párrs. 98, en relación con el párr. 45.c y 52. Publicado en 5 feb. 2001.

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 135, párr. 256 y 257. Publicado en 22 nov. 2005.

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 154, párr. 145. Publicado en 26 sep. 2006.

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 300, párr. 167. Publicado en 2 sept. 2015.

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 279, párr. 422. Publicado en 29 may. 2014.

¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Órdenes Guerra y Otros vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 372, párr. 124. Publicado en 29 nov. 2018.

¹⁷ Ellas no son necesariamente las más bulladas, pues éstas no siempre han tenido una gran influencia en el modo como se hacen las cosas al interior del Estado, por ejemplo, en el caso *Almonacid Arellano* la Corte ordenó dejar sin efecto la ley de amnistía chilena, pero los tribunales ya habían dejado de aplicar esta norma (a pesar de que ella sigue vigente en el país) (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y**

un sistema completo de transparencia de los documentos que están en poder del Estado¹⁸. Este caso hizo que se creara el Consejo para la Transparencia, generando un cambio radical en el modo como se aproxima el Estado a la información y a los derechos de los ciudadanos en esta materia.

A diferencia de lo que ocurre en Estados como Perú y Costa Rica¹⁹, Chile carece de un sistema reglamentado para dar cumplimiento a las sentencias de la Corte IDH, incluso en materia de reparaciones pecuniarias. No obstante ello, y que la Corte IDH ha ordenado reparaciones que exigen acciones bastante radicales, Chile es un Estado que presenta tasas elevadas de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. Esto puede observarse en las resoluciones de supervisión de cumplimiento de las sentencias de dicha Corte. Tales resoluciones son bastante irregulares, en el sentido de que la Corte IDH no cuenta con un patrón que explique por qué supervisa unas sentencias y no otras²⁰, pero no obstante ello, nos permiten hacernos una idea del grado de cumplimiento por parte de los Estados en general, y de Chile en particular.

Para su informe anual de 2018, la Corte IDH elaboró un gráfico que muestra el total de casos fallados en contra de cada Estado, separando los casos con supervisión de cumplimiento abierta y los que la Corte declaró que cumplen con las reparaciones ordenadas²¹. Este gráfico nos permite observar que en términos generales, de entre los 239 casos que la Corte declara haber fallado en contra de los Estados hasta 2018, 31 se habrían cumplido, y 208 se encontrarían con una supervisión de cumplimiento abierta, es decir, no tienen cumplimiento total²². Esto nos muestra que sólo 17,5% de los casos de la Corte IDH han sido plenamente cumplidos.

Otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 154, párr. 142.a. Publicado en 26 sep. 2006). Algo similar ocurre con la orden de no permitir que prescriban las indemnizaciones civiles solicitadas como consecuencia de las violaciones cometidas durante la reciente dictadura, pues ello ya había sido ordenado por nuestra Corte Suprema (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Órdenes Guerra y Otros vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 372, párrs. 114 y 121. Publicado en 29 nov. 2018). En gran medida, este desajuste entre lo ordenado por la Corte IDH y lo que ocurre en la realidad nacional se debe al largo tiempo que transcurre entre que ocurren los hechos y que un caso es resuelto por la Corte IDH.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 151, párrs. 162 y 163. Publicado en 19 sep. 2006.

¹⁹ Perú cuenta con la Ley n° 27.775, **Ley que Regula el Procedimiento de Ejecución de Sentencias Emitidas por Tribunales Supranacionales**, y Costa Rica cuenta con la Ley n° 6889, **Convenio para la Sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, que en su artículo 27 establece que las resoluciones de la Corte que sean debidamente comunicadas "tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses."

²⁰ Véase HAWKINS, Darren; JACOBI, Wade. Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts for Human Rights. **Journal of International Law and International Relations**, vol. 6, n. 1, 2010, p. 48.

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe Anual 2018**, p. 86, 2019. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/espanol.pdf>>. Acceso en: 06 ago. 2019.

²² Ellos incluyen los 14 casos a los que la Corte aplicó el artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe Anual 2018**, p. 85-86, 2019. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/espanol.pdf>>. Acceso en: 06 ago. 2019).

En el referido gráfico podemos observar que hasta 2018 se habían fallado 10 casos en contra de Chile, de los cuales 8 estaban con supervisión de cumplimiento abierta, y 2 se han declarado ya cumplidos²³ (los casos *La Última Tentación de Cristo* y *Claude Reyes*²⁴). De ese modo, un 20% de los casos dictados contra Chile cuenta con un cumplimiento total. Así, Chile comparte con Panamá el séptimo lugar de entre los Estados según su porcentaje de casos con cumplimiento total. Estos Estados son superados por Ecuador y Nicaragua (40%), Bolivia y Surinam (30%), Argentina (27%) y Costa Rica (25%). Estos datos situarían a Chile como un Estado medio en cuanto a su cumplimiento de las sentencias de la Corte, pues estaría sólo un poco por sobre el promedio de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH (17,5%). Los datos anteriores, sin embargo, se prestan para equívocos, puesto que si analizamos caso a caso, notaremos que el grado de cumplimiento de Chile es mucho mayor. Tanto es así, que se podría considerar que Chile es uno de los Estados que más cumplen con las sentencias de la Corte. Esto se puede concluir en atención a lo siguiente:

- a. Dos de las diez sentencias dictadas contra Chile son del año 2018²⁵, y el grado de dificultad de las reparaciones que ordena la Corte IDH suele hacer imposible cumplirlas en un plazo breve (de hecho, la Corte estila ordenar a las partes que hagan un primer informe del cumplimiento recién un año después de notificada la sentencia). Por eso, cualquier análisis que se haga en este momento sobre si Chile cumple con las sentencias de la Corte debiera considerar un universo de sólo ocho sentencias. Calculado así, el porcentaje de cumplimiento de este Estado sería de un 25% (dos casos, de un total de ocho).
- b. Por otro lado, hay dos sentencias que en sus últimas supervisiones de cumplimiento (abril de 2015 y febrero de 2017) estaban casi completamente cumplidas, faltando sólo un par de cosas menores. Se trata de las sentencias de los casos *Atala Riffo* y *García Lucero*. Respecto del primer caso, sólo se ha pedido seguir implementando programas de formación y capacitación²⁶, y respecto del

²³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe Anual 2018**, p. 86, 2019. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/espanol.pdf>>. Acceso en: 06 ago. 2019.

²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Véanse Olmedo Bustos y Otros vs. Chile (La Última Tentación de Cristo)**, Supervisión de Cumplimiento. Publicado en 28 nov. 2003. y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile**, Supervisión de Cumplimiento. Publicado en 24 nov. 2008.

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Poblete Vilches y Otros vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 349. Publicado en 8 mar. 2018. y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Órdenes Guerra y Otros vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 372. Publicado en 29 nov. 2018.

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Hijos vs. Chile**, Supervisión de Cumplimiento, párr. “Resuelve” n° 2. Publicado en 10 feb. 2017.

segundo, se pide continuar investigando el asunto a nivel nacional²⁷. En atención a que faltaba sólo dar cumplimiento a estas medidas, y al hecho de que ha transcurrido un tiempo razonable desde su última revisión, es posible suponer que habría mérito para dar por cumplidas estas sentencias (faltando sólo que se les haga una nueva supervisión de cumplimiento para constatar esta realidad). De este modo, puede decirse que Chile habría dado cumplimiento, o estaría próximo a dar cumplimiento, a cuatro de las ocho causas respecto de las cuales ha transcurrido un plazo adecuado (según lo que se planteó en la letra a). Con ello, estaríamos hablando de un 50% de cumplimiento.

El antedicho porcentaje de cumplimiento es muy superior al 17% de los casos totalmente cumplidos en el sistema interamericano, y supera incluso el 40% de los Estados que más han cumplido con las sentencias de la Corte según el Informe Anual 2018. No obstante ello, no podríamos afirmar que Chile sea el Estado que más cumple con las sentencias de la Corte IDH, pues otros Estados podrían estar en situaciones similares a las recién descritas. Para hacer una afirmación de esa naturaleza habría que analizar el cumplimiento de cada caso en particular. En cambio, habiendo revisado someramente la situación de otros Estados (por ejemplo, si también fueron condenados por la Corte el año 2018), es posible afirmar que Chile se encontraría dentro de los Estados que más cumplen.

Por último, no está de más hacer presente que las reparaciones que Chile tiene pendientes son, en general, reparaciones estructurales, como la reforma de legislación. En efecto, las medidas más sencillas, como las disculpas públicas y el pago de indemnizaciones, suelen ser prontamente cumplidas. Esto no debe ser pasado por alto, pues el cumplimiento de estas medidas sencillas también sirve para mostrar el compromiso que tiene un Estado con las reparaciones ordenadas por la Corte IDH.

2.3. Ordenamiento jurídico chileno y cumplimiento de las sentencias de la Corte

Como decíamos, en Chile no existe legislación que disponga cómo llevar adelante el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. No existe un procedimiento, ni siquiera, en materia de indemnizaciones, lo que resulta curioso si se observa que las indemnizaciones son el tipo de reparación más cumplido por Chile (y por los demás Estados)²⁸. Posiblemente, lo más difícil de cumplir, lo que más obliga a mantener los casos bajo supervisión del sistema

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **García Lucero y otras vs. Chile**, Supervisión de Cumplimiento, párr. "Resuelve" n° 2. Publicado en 17 abr. 2015.

²⁸ HAWKINS, Darren; JACOBI, Wade. Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts for Human Rights. **Journal of International Law and International Relations**, vol. 6, n. 1, 2010, p. 57.

interamericano son las modificaciones legales y las decisiones relativas a dejar sin efecto sentencias²⁹.

Respecto de estas últimas, el año 2019 se observó una modificación en el criterio de la Corte Suprema de Chile, que generó bastante revuelo al interior de la comunidad jurídica local. Esto ocurrió en relación con el caso *Norín Catrimán (Lonkos y Otros Comuneros Mapuches)*, en el que la Corte IDH ordenó que el Estado de Chile dejara sin efecto ciertas penas penales y civiles, así como sus consecuencias y registros, a la mayor brevedad posible³⁰. Frente a esto, y luego de una solicitud del Ejecutivo, la Corte Suprema llamó a una audiencia donde escuchó a las partes interesadas, para luego determinar que las sentencias nacionales reclamadas ante la Corte IDH habían “perdido los efectos que les son propios”³¹. Esto es interesante, pues la Corte Suprema no afirmó que ella misma dejaba sin efecto sus sentencias en atención a lo dispuesto por la Corte IDH, sino que dio a entender que las sentencias habían perdido ya sus efectos, y que ella sólo reconocía esta pérdida. De este modo, la Corte Suprema consideró que las decisiones de la Corte IDH tienen un efecto directo a nivel nacional, por lo que termina considerando a la Corte IDH como un superior jerárquico en materia de derechos humanos.

Esta decisión nos parece errada, puesto que uno de los principios fundamentales del Derecho Público dispone que los órganos del Estado pueden hacer sólo aquello que les está permitido (en contraposición al principio fundamental del Derecho privado, que dispone que las personas pueden hacer todo aquello que no esté prohibido). Teniendo esto en consideración, debe notarse que ninguna norma constitucional ni legal de Chile establece expresamente que la Corte Suprema tenga poder para declarar que una sentencia ha “perdido sus efectos” (aunque el artículo 5.2 de la Constitución de Chile puede confundir a algunos³²). Más aún, el ordenamiento chileno sólo permite que un tribunal internacional tenga la última palabra — pasando por sobre lo que disponga la Corte Suprema — en el caso de la Corte

²⁹ HAWKINS, Darren; JACOBI, Wade. Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts for Human Rights. *Journal of International Law and International Relations*, vol. 6, n. 1, 2010, p. 57-58.

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 279, párr. 422. Publicado en 29 may. 2014.

³¹ CHILE. Corte Suprema de Chile, Antecedente Administrativo, **AD-1386-2014**, visto n° 5.

³² Algunos pueden pensar que dicho artículo implica que las sentencias de la Corte IDH se constituye automáticamente en Derecho superior a la Constitución, pero tal interpretación es errada. El artículo 5.2 dispone: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Como se puede observar, esta norma no dispone que las sentencias de la Corte IDH tengan un valor inmediato a nivel nacional. Solo afirma que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (incluidos los que se encuentran reconocidos en tratados ratificados por Chile) limitan el ejercicio de la soberanía. Así, por una parte, debe notarse que las sentencias de la Corte IDH no son tratados internacionales, y que ellas no siempre se refieren a derechos que emanen de la naturaleza humana. Además, las reparaciones que ordena la Corte no son derechos humanos, sino que mecanismos para tratar de revertir los efectos de las violaciones.

Penal Internacional, y para que ello fuera así, fue necesario reformar previamente la Constitución chilena³³.

La Corte Suprema de Chile, por su parte, alegó que ella debía encontrar la forma de dar cumplimiento a lo dispuesto por la Corte IDH, en atención a la falta de actuación del Legislativo (el Poder del Estado llamado a determinar cómo hacer efectivas las sentencias de la Corte IDH). La Corte Suprema afirmó que el Legislativo debiera haber establecido un mecanismo para dar cumplimiento a las sentencias de la Corte IDH, y que su omisión debía ser reparada por la Corte Suprema. Esta decisión viola el principio del Derecho Público y la separación de poderes, pues ambos impiden que unos poderes del Estado “suplan” lo que deben hacer otros, puesto que el omitir ejercer una función es ya hacer uso de la misma. En efecto, al no actuar, el Legislativo podría haber estado tratando de enviar la señal de que la Corte IDH estaba actuando *ultra vires* al ordenar dejar sin efecto sentencias de nuestro máximo tribunal. La “falta de actuación” también podría haber sido una maniobra del Legislativo — en el sistema de pesos y contrapesos que genera la separación de poderes de las democracias modernas — para tratar de contrarrestar un ejercicio inadecuado de potestades por parte de otro Poder del Estado.

A nuestro juicio, para cumplir con lo ordenado por la Corte IDH, era necesario que el Congreso le diera tal atribución a la Corte Suprema, por ejemplo, modificando las causales del recurso de revisión. Ello habría permitido cumplir con la sentencia de la Corte IDH, sin afectar nuestro Estado de Derecho. Por su parte, lo más que podría haber hecho la Corte Suprema habría sido hacer presente al resto de los Poderes del Estado que ella estaba atada de manos, de modo que se tratara de presionar al Poder Legislativo en la materia.

Más allá de si se considera o no que el Estado debe contar con un sistema legal para dar cumplimiento a las órdenes de la Corte IDH, nos parece fundamental que se respete el Estado de Derecho a nivel interno, pues ese es un derecho humano sin el cual los demás valen poco. Frente a esto algunos podrán alegar que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³⁴ exige otorgar jerarquía suprallegal a lo que diga la Corte IDH, o considerar que sus resoluciones son autoejecutables. Sin embargo, eso es un error. En efecto, la regla del artículo 27 “solo establece una norma obvia de responsabilidad internacional que se basa en el hecho de que el derecho doméstico de los Estados no tiene fuerza normativa en el derecho internacional”³⁵. Dicha norma, en ningún caso, buscó darle

³³ Véase la disposición transitoria vigésimocuarta de la Constitución Política de la República de Chile, así como el caso que determinó la necesidad de aprobar esa disposición transitoria (CHILE. Tribunal Constitucional de Chile, **Requerimiento, Rol nº 346**).

³⁴ Que dispone que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

³⁵ FUENTES TORRIJO, Ximena. Una Nueva Constitución para Chile y el Diseño de un Esquema de Incorporación del Derecho Internacional al Sistema Jurídico Chileno. En: CHÍA, Eduardo A.; QUEZADA, Flavio (eds.). **Propuestas para una Nueva Constitución (Originada en Democracia)**, Instituto Igualdad - Facultad de Derecho Universidad de Chile - Friedrich Ebert-Stiftung, Santiago, p. 174-175, 2015.

aplicación directa en el ámbito interno al Derecho internacional o a las resoluciones de órganos internacionales.

2.4. Control de convencionalidad y ordenamiento jurídico chileno

Por último, al hablar sobre el modo como Chile cumple con las sentencias de la Corte IDH, es importante hacer una referencia al tema del control de convencionalidad. La doctrina jurídica chilena está dividida en cuanto a su aplicabilidad, al menos en los términos que establece la Corte IDH, es decir, afirmando que los órganos nacionales tienen la obligación de cumplir con lo que disponga dicha corte, incluso pasando por encima de lo que ordene la legislación nacional. Una parte importante de la doctrina chilena se pronuncia en contra del control de convencionalidad en tales términos³⁶. Este rechazo puede deberse al hecho de que en Chile no existe un control de constitucionalidad difuso, sino que solo uno concentrado³⁷, lo que hace más ajena la idea de un control de convencionalidad difuso, como lo plantea la Corte IDH.

Por su parte, los tribunales superiores chilenos no han recogido esta doctrina de la Corte IDH, al menos, en la extensión que le da dicha corte. Así, por ejemplo, en la decisión de la Corte Suprema a la que recién aludimos (la relacionada con el caso *Norín Catrimán*), se dice expresamente que:

mediante el control de convencionalidad, los jueces nacionales forman parte del sistema interamericano en la protección de los estándares de cumplimiento y garantía de tales derechos, dependiendo las consecuencias de este análisis de las funciones que cada operador de justicia tiene, siendo obligación de todos, las autoridades e integrantes del Estado, interpretar sistemática e integralmente las disposiciones que informan el sistema jurídico, de forma tal que sus determinaciones guarden la mayor correspondencia y compatibilidad con las obligaciones internacionales adquiridas soberanamente por éste³⁸.

Aquí se puede observar que la Corte Suprema adopta una concepción acotada del control de convencionalidad, es decir, una que establece que los tribunales deben ejercer el control dentro del marco de sus competencias específicas, y que los órganos no judiciales deben tratar de interpretar sus obligaciones en forma coherente con las decisiones de la

³⁶ Por ejemplo, SILVA ABBOT, Max. Control de Convencionalidad Interno y Jueces Locales: Un Planteamiento Defectuoso. *Estudios Constitucionales*, vol. 14, n. 2, p. 101-141, jul. 2016; FUENTES TORRIJO, Ximena. International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple. *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 77, p. 483-505, 2008; CONTESE, Jorge. The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine. *The International Journal of Human Rights*, vol. 22, n. 9, dic. 2018.

³⁷ Art. 93, Constitución Política de la República de Chile.

³⁸ CHILE. Corte Suprema de Chile, Antecedente Administrativo, **AD-1386-2014**, visto nº 9.

Corte IDH. Esto excluye una interpretación más extensiva del control de convencionalidad, según la cual todos los órganos del Estado podrían dejar sin efecto normas nacionales, en pos de darle aplicación a los estándares establecidos por la Corte IDH.

3. Declaración liderada por Chile sobre Mejoras al Sistema Interamericano

3.1. Cuestiones generales

Atendido que Chile exhibe un alto grado de cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH, algunos consideran paradójal que este Estado esté liderando la declaración en la que, junto con Argentina, Brasil, Colombia y Paraguay, se plantean sugerencias al sistema interamericano de derechos humanos. Sin embargo, la paradoja no es tal, si consideramos que un Estado que no le presta mayor atención a lo que ordena la Corte IDH no tendrá gran incentivo en velar por que el Sistema interamericano funcione bien. En cambio, serán los Estados que se toman en serio a la Corte IDH — los que respetan sus decisiones — los que deben estar más interesados en que el Sistema opere adecuadamente. Por eso, no debe ser casualidad que la misma declaración afirme explícitamente:

su profundo y permanente compromiso con el valor normativo de [la Convención Americana de Derechos Humanos], en cuanto representa el objeto del consentimiento de los Estados que dieron origen al sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, y con el cumplimiento de su obligación de asegurar a todos, dentro de sus respectivas jurisdicciones, los derechos y libertades definidos en la Convención.³⁹

Además, si se revisa el fondo de la Declaración queda claro que todas las inquietudes que plantea son atendibles, y es por eso que todas — o al menos la mayoría de éstas — han sido expuestas por, al menos, uno de los jueces de la Corte IDH en sus votos separados. No obstante esto, bastantes personas han afirmado que estos planteamientos buscan horadar el Sistema interamericano. Tales aprensiones son infundadas, pues es razonable que Estados plenamente democráticos hagan notar deficiencias a órganos que actúan fuera de un sistema de pesos y contrapesos, y que, por lo mismo, no están diseñados para que haya una voz de alerta intra-sistema en caso de que algún órgano se exceda en sus funciones. Es más, los Estados europeos tienen la práctica de hacer declaraciones y reformas que apuntan a mejo-

³⁹ GOBIERNO NACIONAL DE PARAGUAY. Gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay se Manifiestan sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **Gobierno Nacional de Paraguay**, Asunción, Abr. 24, 2019. Disponible en <<https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>>. Acceso en: 6 ago. 2019.

rar su sistema regional de derechos humanos. Ello se observa, por ejemplo, en las declaraciones de Brighton y Copenhague⁴⁰, y en los múltiples protocolos referidos a la Convención Europea de Derechos Humanos.

Para demostrar que no constituye una paradoja que un Estado comprometido con el sistema interamericano promueva la declaración de los cinco Estados, analizaremos si la Declaración es razonable, pues si lo fuera, la intención de los Estados que la proponen puede ser genuinamente mejorar el sistema. Para mostrar la razonabilidad de la Declaración, revisaremos cada uno de los cinco puntos que plantea.

3.2. Consideración de cada una de las cinco propuestas

Cada uno de los temas planteados por la Declaración requieren de un tratamiento en profundidad, que no puede hacerse en un trabajo que busca tratarlos en conjunto. Por eso, sólo podremos referirnos a ellos de forma somera, de modo de analizar sintéticamente si los puntos observados en esta Declaración son razonables. Hacemos presente que no buscamos convencer a los lectores sobre la conveniencia o inconveniencia de cada punto en particular, sino sólo de que son inquietudes atendibles, y que, por lo mismo, pueden ser planteadas por Estados comprometidos con el éxito del sistema interamericano de derechos humanos.

3.2.1. Principio de subsidiariedad

El primer punto que plantea la Declaración, es que los Estados firmantes:

Subrayan que el principio de subsidiariedad, que da sustento a los presupuestos jurídicos de admisibilidad de una petición, tiene una doble dimensión. Por un lado, supone que el Estado concernido tiene la obligación de investigar toda violación a la Convención que acontezca en su territorio, y, por el otro, que dicho Estado tiene el derecho de que su propio sistema jurisdiccional resuelva la situación antes de verse sometido a una instancia internacional.

Como se puede apreciar, los Estados hacen referencia al principio de subsidiariedad, que para efectos del Derecho internacional de los derechos humanos podría ser caracterizado como el principio que consagra el poder de las instituciones internacionales para “asistir

⁴⁰ HIGH LEVEL CONFERENCE ON THE FUTURE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Brighton Declaration**, Abr. 2012. Disponible en <https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf>. Acceso en: 26 jul. 2019. y HIGH LEVEL CONFERENCE MEETING IN COPENHAGEN. **Copenhagen Declaration**, Abr. 2018. Disponible en <https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_ENG.pdf>. Acceso en: 26 jul. 2019.

a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos⁴¹, pero que reconoce que éstos tienen “amplios espacios de libertad [...] para definir el alcance y los mecanismos institucionales de cumplimiento de dichas obligaciones”.⁴²

“El principio de subsidiariedad tiene una faceta positiva y otra negativa, es decir, impone un deber de actuar y un deber de abstenerse de actuar”⁴³. La declaración de los cinco Estados da a entender que está más preocupada por lo que ocurre en la faceta negativa del principio de subsidiariedad, es decir, que le interesa la idea de que el Sistema interamericano no debe intervenir en casos en que el Estado aún está haciendo uso de los mecanismos internos para resolver las eventuales violaciones a los derechos humanos. Se solicita, en consonancia con lo que dispone la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que el Sistema exija verdaderamente que quienes presenten una petición hayan agotado previamente todos los recursos judiciales internos antes de hacerlo. Es cierto que la Convención Americana reconoce ciertas excepciones a la exigencia de haber agotado los recursos internos⁴⁴, pero hay casos en que la CIDH y la Corte hacen excepciones que van más allá de lo que dice la Convención, por ejemplo, aceptando que los recursos se hayan agotado durante la tramitación de la petición ante la CIDH, con tal de que ello ocurra antes del estudio formal de admisibilidad⁴⁵. Otro modo en el que se ha hecho caso omiso a la obligación de agotar previamente los recursos, es al dar por renunciada la excepción de agotamiento de recursos sin que ello haya sido la intención del Estado⁴⁶, o dando por cumplida esta obligación al acudir exclusivamente a recursos de naturaleza cautelar (como la tutela), existiendo instancias de lato conocimiento a las que también se podía recurrir⁴⁷. La falta de agotamiento de recursos internos por parte del Sistema ha sido criticado, incluso, por jueces de la Corte, por ejemplo, en el voto del juez Vio Grossi en el caso *Díaz Peña vs. Venezuela*⁴⁸.

⁴¹ GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. XVII, p. 730, dic. 2017.

⁴² GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. XVII, p. 730, dic. 2017.

⁴³ PAÚL DÍAZ, Álvaro. La Corte Interamericana in Vitro: Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia. **Derecho Público Iberoamericano**, vol. 2, p. 333, abr. 2013.

⁴⁴ Art. 46.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴⁵ PAÚL, Álvaro. The Inter-American Commission on Human Rights' Initial Review of Petitions, Its Backlog, and the Principle of Subsidiarity. **The George Washington International Law Review**, vol. 49, p. 48-51, feb. 2016.

⁴⁶ Véase CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia**, Excepciones Preliminares, Serie C n° 122, párrs. 20, 23 y 30. Publicado en 7 mar. 2005.

⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Duque vs. Colombia**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 310, párrs. 28-33. Publicado en 26 feb. 2016.

⁴⁸ Voto individual disidente del juez Vio Grossi en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Díaz Peña vs. Venezuela**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 244. Publicado en 26 jun. 2012.

3.2.2. *Legítima autonomía*

En segundo lugar, los cinco Estados:

[c]onsideran que se debe respetar el legítimo espacio de autonomía del que disponen los Estados para asegurar a todas las personas sometidas a su jurisdicción, a través de sus propios procesos democráticos, los derechos y garantías consagrados en la Convención de conformidad a sus ordenamientos constitucionales.

Al solicitar que se respete el “legítimo espacio de autonomía del que disponen los Estados” para asegurar los derechos según sus procesos democráticos, los cinco Estados no están pidiendo que el sistema interamericano les dé carta blanca para violar algunos derechos. Están solicitando que la Corte IDH no imponga visiones únicas de los derechos humanos, cuando ellos tienen diversos modos legítimos de ser interpretados. En efecto, si bien hay derechos que no admiten más de una interpretación — como podría ser el caso de la obligación de conceder una indemnización por error judicial a quien se haya condenado injustamente por sentencia penal firme —, gran parte de los derechos permite más de una lectura. La Corte olvida esta realidad, y termina afirmando que la Convención Americana exige cosas tan detalladas, como si se debe o no adoptar la doctrina del fruto del árbol envenenado para desincentivar malas prácticas investigativas (cuestión bastante discutible)⁴⁹. Por eso, los Estados solicitan que cuando la Convención Americana permita diversas interpretaciones legítimas, ellos puedan, democráticamente, determinar cuál adoptar.

Quizá un modo de entender esto, es analizando un ejemplo de lo que ocurre en el sistema europeo de derechos humanos. El artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone que las personas tienen derecho a la “libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”⁵⁰. El Convenio describe este derecho en dos párrafos, pero a pesar de dicha extensión, puede interpretarse de maneras muy variadas. Eso permite que haya Estados europeos que, no obstante ser bastante respetuosos de la libertad de religión, tengan aproximaciones muy diversas a cómo llevar adelante su relación con el hecho religioso. Por una parte, hay países como Francia, que optan por que el Estado evite cualquier expresión religiosa, mientras que otros, igual o más respetuosos de la libertad religiosa, como Dina-

⁴⁹ Véase CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 220, párr. 167. Publicado en 26 nov. 2010. En esta materia, véase PAÚL, Álvaro. Admissibility of Evidence before the Inter-American Court of Human Rights, **Revista Direito GV**, vol. 13, n. 2, p. 663-673, mai-ago 2017.

⁵⁰ Art. 9.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Modificado por los Protocolos n°s 11 y 14.

marca y Gran Bretaña, cuentan con una religión oficial y permiten que el Estado cuente con tradiciones públicas y símbolos de naturaleza religiosa⁵¹.

La riqueza y diversidad de tradiciones como la recién descrita es permitida sólo gracias a una doctrina propia del sistema europeo llamada margen de apreciación⁵², que la Corte IDH no ha recogido. El margen de apreciación puede definirse como la deferencia que tiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con los Estados bajo su jurisdicción, para permitirles definir en cierta extensión el contenido de los derechos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, o para permitirles determinar el modo como ponderarlos cuando entran en juego con otros derechos.

En definitiva, en este punto, la Declaración de los cinco Estados pide que el sistema interamericano de derechos humanos emule a su par europeo y su doctrina del margen de apreciación. A algunos puede gustarles esta idea y a otros no⁵³, pero es una aspiración legítima, y que de ningún modo refleja mala fe por parte de los Estados.

3.2.3. Atraso procesal y garantías

Uno de los problemas más notorios del sistema interamericano es el del llamado “atraso procesal” de la CIDH. En ese contexto, la Declaración señala:

Igualmente, consideran que, en el contexto de las medidas adoptadas para reducir el atraso procesal en el ámbito de la Comisión, se debe garantizar el derecho a la defensa, la seguridad jurídica y la igualdad procesal.

La demora en la tramitación de las peticiones individuales es un problema patente del Sistema. En efecto, hasta hace poco, la CIDH demoraba unos cinco años en revisar las simples formalidades de un caso (antes de siquiera analizar su admisibilidad en detalle)⁵⁴. Por

⁵¹ Dos casos relevantes en la materia sirven para notar el margen que concede el Tribunal Europeo: TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Leyla Şahin vs. Turquía**, Acción n° 44774/98. Publicado en 10 nov. 2005. y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Lautsi y otros vs. Italia**, Acción n° 30814/06. Publicado en 18 mar. 2011.

⁵² Para un análisis de esta doctrina, puede verse BREMS, Eva. The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights. **Heidelberg Journal of International Law**, vol. 56, p. 240-314, 1996.

⁵³ Para un ejemplo de los primeros, véase NÚÑEZ POBLETE, Manuel. Sobre la Doctrina del Margen de Apreciación Nacional. La Experiencia Latinoamericana Confrontada y el Thelos Constitucional de una Técnica de Adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: NÚÑEZ POBLETE, Manuel; ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (eds.). **El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales**, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p. 3-49, 2012. Para un ejemplo de los segundos, véase NASH ROJAS, Claudio. La Doctrina del Margen de Apreciación y su Nula Recepción en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, vol. 11, p. 71-100, 2018.

⁵⁴ PAÚL, Álvaro. The Inter-American Commission on Human Rights' Initial Review of Petitions, Its Backlog, and the Principle of Subsidiarity. **The George Washington International Law Review**, vol. 49, p. 29, feb. 2016.

eso, la CIDH está esforzándose en reducir su demora a través de varios mecanismos, como inyectando recursos para que más personal se dedique a analizar las peticiones atrasadas⁵⁵. Los Estados parecen estar preocupados de que algunas de las reformas en las que está embarcada la CIDH puedan afectar el derecho a la defensa, la seguridad jurídica y la igualdad procesal. En este punto no es fácil saber, precisamente, a qué se refieren los cinco Estados, pues no están planteando una crítica que se haya hecho en forma clara y reiterada al Sistema interamericano, ya sea por la doctrina o por quienes acuden ante él.

Los esfuerzos de la CIDH para reducir su atraso han estado centrados en analizar peticiones que están en la etapa de revisión inicial. Esto ha hecho que un gran número de asuntos pasen a la etapa de admisibilidad. Por ello, es posible aventurarse a decir que los cinco Estados estarían interesados en que se respete adecuadamente el debido proceso en alguna de esas dos etapas.

La mayoría de las personas que hayan presentado peticiones ante el Sistema interamericano podrían confirmar que la etapa de revisión inicial, es decir, el estudio preliminar de admisibilidad que se tramita antes de que el asunto se notifique al Estado y pase al estudio pormenorizado de admisibilidad⁵⁶, es una etapa que carece de transparencia y claridad. Al final de dicha revisión inicial, las peticiones rechazadas no reciben un informe detallado de los motivos por los cuales se desechan; sólo se indica a grandes rasgos el motivo por el que se las rechaza, a pesar de que la Secretaría cuenta con un informe más detallado, que no es notificado a los peticionarios. Esta falta de transparencia afecta el debido proceso y la certeza jurídica, aunque es un tema que más interesaría a los peticionarios que a los Estados.

Desconocemos cuáles pueden ser los problemas que afecten a los Estados durante el procedimiento de admisibilidad propiamente tal. Sin embargo, en todo lo que diga relación con sus procedimientos, la CIDH debiera ser muy cuidadosa, pues el debido proceso es uno de los pocos derechos humanos que puede violar un órgano como la CIDH (y éste es claramente violado con la demora en la tramitación de las peticiones individuales). Por eso, la CIDH debiera ser muy diligente para no violar el debido proceso producto de vulneraciones al derecho a la defensa, la seguridad jurídica o la igualdad procesal.

3.2.4. *Derechos y su aplicación*

El cuarto punto de la Declaración es el más complejo, pues se refiere a varios temas distintos. En efecto, los cinco Estados:

⁵⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **CIDH concluye 2 años de su Programa de Superación del Atraso Procesal y anuncia nuevas acciones aprobadas tras una segunda etapa de consultas participativas**, Washington, Dic. 2, 2018. Disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/257.asp>>. Acceso en: 10 ago. 2019.

⁵⁶ PAÚL, Álvaro. The Inter-American Commission on Human Rights' Initial Review of Petitions, Its Backlog, and the Principle of Subsidiarity. **The George Washington International Law Review**, vol. 49, p. 23, feb. 2016.

[d]estacan la importancia de una estricta aplicación de las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del reconocimiento del margen de apreciación de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones que establece la Convención. Asimismo, recuerdan que las resoluciones y sentencias de los órganos del sistema interamericano sólo tienen efectos para las partes del litigio.

Como se observa, aquí los Estados buscan: a) que el Sistema aplique estrictamente las fuentes del Derecho internacional de los derechos humanos; b) que se reconozca el margen de apreciación, y c) hacer una referencia velada al control de convencionalidad. Ahora nos referiremos individualmente a estos tres planteamientos.

En relación con el primero, se le exige al Sistema que aplique estrictamente las fuentes del Derecho internacional. Este punto podría referirse a dos cosas. En primer lugar, puede buscar resaltar que la Corte IDH sólo puede aplicar las fuentes respecto de las cuales tiene jurisdicción, pues no puede aplicar instrumentos — aunque sean fuente formal del Derecho — que no estén destinados a ser aplicados por ella⁵⁷. En segundo lugar, puede referirse al uso que le da la Corte IDH a cualquier tipo de instrumento que tenga visos de internacionalidad o de legalidad, para interpretar evolutivamente la Convención Americana de Derechos Humanos, y así afirmar que ella consagra algún derecho que no se encuentra explicitado en la Convención. En efecto, la Corte suele hacer esto, incluso, en materias altamente discutibles, propias del debate político⁵⁸. Así, al proclamar derechos que no están establecidos en las fuentes del Derecho internacional que ella debe aplicar, la Corte IDH ha ampliado enormemente el catálogo de supuestos derechos por los que ella debiera velar⁵⁹. Una de las recientes ampliaciones de la Corte es considerar justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, basándose en el artículo 26 de la Convención Americana, cuestión en la que han manifestado sus reparos los jueces Vio Grossi y Sierra Porto, de la misma Corte IDH⁶⁰.

Para ampliar su jurisdicción, muchas veces la Corte IDH se basa en una interpretación errada del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, alegando que estos nuevos derechos estarían implícitamente reconocidos en la Convención⁶¹. En general,

⁵⁷ PAÚL DÍAZ, Álvaro. La Corte Interamericana in Vitro: Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia. **Derecho Público Iberoamericano**, vol. 2, p. 310-314, abr. 2013.

⁵⁸ PAÚL DÍAZ, Álvaro. La Corte Interamericana in Vitro: Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia. **Derecho Público Iberoamericano**, vol. 2, p. 317-320, abr. 2013.

⁵⁹ Esto se puede observar en forma muy gráfica en PAÚL, Álvaro. The American Convention on Human Rights: Updated by the Inter-American Court. **Juris Dictio**, vol. 20, p. 53-86, dec. 2017.

⁶⁰ Véanse los votos disidentes de estos jueces en el caso CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Lagos del Campo vs. Perú**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 340. Publicado en 31 ago. 2017.

⁶¹ Sobre los derechos implícitos y la Corte IDH, véase CANDIA FALCÓN, Gonzalo. Derechos Implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una Reflexión a la Luz de la Noción de Estado de Derecho. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 42, n. 3, p. 873-902, dic. 2015.

la Corte considera que el artículo 29 es una especie de norma de reenvío, una disposición que sería prácticamente única en el Derecho internacional. Lo interesante es que el artículo 29 no es ni una norma de reenvío ni una que no se encuentre en otros tratados. Desafortunadamente, no podemos tratar este tema en este trabajo, pues requiere de un estudio en sí mismo, pero ya se ha escrito algo sobre el punto⁶².

En relación con el segundo reparo, esto es, la ausencia del margen de apreciación, ya nos hemos referido al tema al hablar sobre el legítimo espacio de autonomía que tienen los Estados al momento de interpretar la Convención Americana. Por eso, pasaremos inmediatamente a tratar el tercer planteamiento, referido al control de convencionalidad, tema al que ya nos referimos brevemente. Recapitulando, el control de convencionalidad es una doctrina elaborada por la Corte IDH que plantea que sus sentencias crean una jurisprudencia que vincula a todos los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que debe ser aplicada por todos los órganos internos de los Estados, incluso aunque ello les exija actuar en contra de su legislación nacional, con independencia de si el ordenamiento jurídico interno les concede o no ese poder a los órganos estatales⁶³.

La doctrina del control de convencionalidad carece de sustento en la Convención Americana de Derechos Humanos; muy por el contrario, la Convención establece en su artículo 68.1 que los Estados están sólo obligados “a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Por eso, aunque la doctrina del control de convencionalidad tiene muchos adeptos⁶⁴, tiene también muchos críticos⁶⁵. Los cinco Estados, al referirse a este tema en su declaración no hacen más que ponerse del lado de quienes critican la doctrina, y

⁶² Sobre el artículo 29 véase PAÚL, Álvaro. Elementos para Reinterpretar el Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En: ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; DELPIANO LIRA, Cristián (eds.). **América Latina y el Orden Mundial Contemporáneo**. Universidad Externado de Colombia - Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional, Bogotá, p. 131-147, 2017.

⁶³ Para una explicación detallada de esta doctrina, véase DULITZKY, Ariel E. ¿An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, vol. 50, n. 1, p. 45-94, 2015.

⁶⁴ Por ejemplo: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los Desafíos del Control de Convencionalidad del *Corpus Iuris* Interamericano para las Jurisdicciones Nacionales. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, vol. Año XLV, n. 135, p. 1167-1220, sep.-dic. 2012; SAGÚÉS, Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y Control del Convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, vol. 8, n. 1, p. 117-136, 2010; FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo. El Control de Convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (A Una Década de su Creación: 2006-2016). En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **El Control de Convencionalidad: Un Balance Comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile**, Ediciones Der, Santiago, p. 37-69, 2017.

⁶⁵ Por ejemplo: DULITZKY, Ariel E. ¿An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, vol. 50, n. 1, p. 45-94, 2015; CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. ¿Control Interno o Difuso de Convencionalidad? Una Mejor Idea: La Garantía de Tratados. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. XIII, p. 51-97, dic. 2013; SILVA ABBOT, Max. Control de Convencionalidad Interno y Jueces Locales: Un Planteamiento Defectuoso. **Estudios Constitucionales**, vol. 14, n. 2, p. 101-141, jul. 2016.

le piden a la Corte IDH que adopte un enfoque restrictivo al momento de aplicarla⁶⁶. Nuevamente, los lectores podrán estar o no de acuerdo con esta posición, pero ella es compartida por bastantes autores, por lo que no puede considerarse que los cinco Estados busquen minar el sistema interamericano al proponer este punto.

3.2.5. Reparaciones

Finalmente, los cinco Estados:

[e]nfatizan la importancia del debido conocimiento y consideración de las realidades políticas, económicas y sociales de los Estados por parte de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. En este marco, resaltan la necesidad de que las formas de reparación guarden una debida proporcionalidad y respeten tanto los ordenamientos constitucionales y jurídicos de los Estados, como las exigencias propias del Estado de Derecho.

Con este último punto, los Estados le piden a la Corte IDH que, en materia de reparaciones, tenga en cuenta las realidades nacionales de los Estados. Ellos solicitan esto porque la Corte, en variadas ocasiones, ha ordenado reparaciones sin ponderar los efectos que ellas tienen, o si los Estados se encuentran en condiciones de cumplirlas, o si no sería más fácil que ellos mismos determinaran cómo llegar al resultado buscado por la Corte. Por ejemplo, a ciertos Estados se les ha obligado a que implementen planes nacionales en materia de políticas públicas, sin tener en consideración los recursos ni las necesidades de tales Estados. Puede decirse que esto le ocurrió a Costa Rica, pues la Corte le pidió que implementara en su sistema de salud público un mecanismo concreto, que tiene alternativas más baratas y efectivas, sin tener en consideración que sólo tres Estados — de los más ricos del Continente — estaban recién planeando implementar este sistema⁶⁷. La Corte ni siquiera se planteó si Costa Rica tenía otras necesidades más urgentes.

La Corte IDH también ha ordenado llevar adelante ciertas medidas específicas, como construir monumentos. Uno de los problemas de ordenar este tipo de cosas, es que la Corte desconoce las sensibilidades locales que dichas medidas pueden estimular. Así, por ejemplo, la construcción de ciertos monumentos ha generado gran oposición popular, como cuando la Corte le ordenó a Perú inscribir los nombres de personas condenadas por terrorismo en un

⁶⁶ Sobre el enfoque amplio y los restrictivos, véase PAÚL, Álvaro. The Emergence of a More Conventional Reading of the *Conventionality Control* Doctrine. *Revue Générale de Droit*, vol. 49, p. 275-302, feb. 2019.

⁶⁷ Véase CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 257, párrs. 255 y 338. Publicado en 28 nov. 2012.

monumento ya existente, dedicado a las víctimas del conflicto interno, pues algunas de las personas cuyos nombres se escribieron eran vistas como victimarias⁶⁸.

Por último, también ocurre que la Corte IDH ordena cosas que pueden ser muy difíciles de cumplir en razón del ordenamiento constitucional de un Estado, y que el mismo fin podría obtenerse por otras vías. Por ejemplo, si a la Corte le interesa que en un Estado se deje de aplicar una ley de amnistía, a ella no le debiera interesar mayormente si esto se logra por una derogación explícita de la ley, o si se logra mediante una interpretación vinculante de la máxima autoridad judicial. En cambio, a nivel nacional, esto sí puede ser muy relevante, como ocurriría si es muy difícil obtener las mayorías parlamentarias necesarias. Es cierto que algunos consideran que es bueno que la Corte ordene medidas específicas, para que los Estados estén obligados a procurar una adecuada reparación de las violaciones que cometieron. Sin embargo, es necesario tener cierta confianza en que los Estados, pues al estar más conectados con la realidad nacional, pueden encontrar formas adecuadas de obtener los mismos resultados buscados por la Corte. En ese sentido, es apropiado decir que la deferencia de los tribunales de derechos humanos sobre el modo de llevar a cabo sus sentencias es una forma de abrir el diálogo con los Estados, que redundaría en un mejor cumplimiento⁶⁹.

4. Conclusiones

Chile es un Estado comprometido con el Sistema Interamericano, cuestión que se observa en el alto porcentaje de sentencias cumplidas que exhibe. Por ello, no sería razonable inferir *a priori* que su liderazgo en la redacción de una declaración que formula sugerencias al sistema interamericano de derechos humanos sea mal intencionada. Ello es aún más patente si se nota que las peticiones que se hacen en la declaración son bastante razonables, y han sido planteadas por jueces de la misma Corte IDH, o por parte de cierta doctrina especializada.

Las cuestiones que solicitan los cinco Estados que apoyan esta declaración son: a) que el Sistema sea fiel a su naturaleza subsidiaria, permitiendo que las judicaturas de los Estados resuelvan las violaciones de derechos humanos que ocurran en su territorio, es decir, que se aplique a cabalidad la norma que exige haber agotado los recursos internos antes de poder comparecer ante el Sistema; b) que se reconozca que los Estados tienen una legítima autonomía para interpretar democráticamente los derechos que tienen un contenido abierto; c) que las medidas que adopte la CIDH para reducir su atraso en la tramitación de peticiones

⁶⁸ PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**, 2. ed., Cambridge University Press, New York, 2014, pp. 317-318. Véase también CAVALLARO, James L.; BREWER, Stephanie Erin. Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court. **The American Journal of International Law**, vol. 102, n° 4, p. 824-825, oct. 2008.

⁶⁹ FIKFAK, Veronika. Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights. **The European Journal of International Law**, vol. 29, n. 4, p. 1101, nov. 2018.

no vulnere las garantías del debido proceso; d) que la CIDH y la Corte IDH apliquen sólo las fuentes del Derecho que deben utilizar; e) que el Sistema adopte la doctrina del margen de apreciación; f) que la Corte adopte una versión acotada del control de convencionalidad, y g) que la Corte IDH sea realista y mesurada al momento de ordenar reparaciones en sus sentencias.

Como se puede observar, los antedichos planteamientos son razonables, por lo que no sustentarían la afirmación de que Chile se encuentre actuando de mala fe. Esto queda particularmente claro al observar que Chile exhibe, en general, un buen cumplimiento de las órdenes de la Corte IDH. Por otro lado, los Estados que cumplen de buena fe las sentencias de un tribunal debieran ser los más atentos en procurar su adecuado funcionamiento, pues los Estados desinteresados en acatar los fallos no se verán mayormente afectados por lo que éstos dispongan. Por eso, puede decirse que los Estados involucrados con el Sistema, que lo toman en serio, buscarán plantear inquietudes sobre su funcionamiento. Eso debiera explicar que Chile lidere la declaración que plantearon cinco Estados de la Región. También explicaría que los Estados comprometidos de Europa suelen presentar este tipo de inquietudes a su sistema regional. Por ello, planteamientos como el de los cinco Estados no deben ser tomados como amenazas, sino que como oportunidades para un diálogo fructífero.

Referencias

BREMS, Eva. The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights. **Heidelberg Journal of International Law**, vol. 56, p. 240-314, 1996.

CANDIA FALCÓN, Gonzalo. Derechos Implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una Reflexión a la Luz de la Noción de Estado de Derecho. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 42, n. 3, p. 873-902, dic. 2015.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. ¿Control Interno o Difuso de Convencionalidad? Una Mejor Idea: La Garantía de Tratados. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. XIII, p. 51-97, dic. 2013.

CAVALLARO, James L.; BREWER, Stephanie Erin. Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court. **The American Journal of International Law**, vol. 102, n. 4, p. 768-827, oct. 2008.

CHILE. Corte Suprema de Chile, Antecedente Administrativo, **AD-1386-2014**.

CHILE. Tribunal Constitucional de Chile, **Requerimiento, Rol nº 346**.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **CIDH concluye 2 años de su Programa de Superación del Atraso Procesal y anuncia nuevas acciones aprobadas tras una segunda etapa de consultas participativas**, Washington, Dic. 2, 2018. Disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/257.asp>>. Acceso en: 10 ago. 2019.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (@CIDH). La CIDH ha recibido una Declaración suscrita por Chile, Argentina, Brasil, Colombia y Paraguay que señala la importancia del SIDH y hace sugerencias para mejorar su eficacia. La CIDH valora la postura constructiva de los Estados y examinará el tema durante sus próximas Sesiones. **Twitter**, Abr. 23, 2019. Disponible en: <<https://twitter.com/cidh/status/1120750186219868162?lang=en>>. Acceso en: 6 ago. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 154. Publicado en 26 sep. 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 257, párrs. 255 y 338. Publicado en 28 nov. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 239. Publicado en 24 feb. 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile**, Supervisión de Cumplimiento. Publicado en 10 feb. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 220. Publicado en 26 nov. 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 151, párrs. 162 y 163. Publicado en 19 sep. 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile**, Supervisión de Cumplimiento. Publicado en 24 nov. 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Díaz Peña vs. Venezuela**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 244. Publicado en 26 jun. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Duque vs. Colombia**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 310. Publicado en 26 feb. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Lagos del Campo vs. Perú**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 340. Publicado en 31 ago. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **García Lucero y otras vs. Chile**, Supervisión de Cumplimiento. Publicado en 17 abr. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 300, párr. 167. Publicado en 2 sep. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia**, Excepciones Preliminares, Serie C n° 122. Publicado en 7 mar. 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 279. Publicado en 29 may. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Olmedo Bustos y Otros vs. Chile (La Última Tentación de Cristo)**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 73. Publicado en 5 feb. 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Véanse Olmedo Bustos y Otros vs. Chile (La Última Tentación de Cristo)**, Supervisión de Cumplimiento. Publicado en 28 nov. 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Órdenes Guerra y Otros vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 372, párr. 124. Publicado en 29 nov. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 135. Publicado en 22 nov. 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Poblete Vilches y Otros vs. Chile**, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 349. Publicado en 8 mar. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe Anual 2018**, p. 86, 2019. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/espanol.pdf>>. Acceso en: 06 ago. 2019.

CONTESSÉ, Jorge. The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine. **The International Journal of Human Rights**, vol. 22, n. 9, dic. 2017.

COOPERATIVA.CL. Prensa argentina: Piñera pidió a Macri apoyar sus críticas a la CIDH. **Cooperativa.CL**, Abr. 24. Disponible en <<https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/relaciones-exteriores/prensa-argentina-pinera-pidio-a-macri-apoyar-sus-criticas-a-la-cidh/2019-04-24/193120.htm>>. Acceso en: 6 ago. 2019.

COOPERATIVA.CL. Human Rights Watch: Gobierno de Piñera impulsó críticas internacionales a CIDH. **Cooperativa.CL**, Abr. 25. Disponible en <<https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/relaciones-exteriores/human-rights-watch-gobierno-de-pinera-impulso-criticas-internacionales/2019-04-25/084313.html>>. Acceso en: 6 ago. 2019.

DULITZKY, Ariel E. ¿An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, vol. 50, n. 1, p. 45-94, 2015.

FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo. El Control de Convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (A Una Década de su Creación: 2006-2016). En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **El Control de Convencionalidad: Un Balance Comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile**, Ediciones Der, Santiago, p. 37-69, 2017.

FIKFAK, Veronika. Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights. **The European Journal of International Law**, vol. 29, n. 4, p. 1091-1125, nov. 2018.

FUENTES TORRIJO, Ximena. International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple. **Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico**, vol. 77, p. 483-505, 2008.

FUENTES TORRIJO, Ximena. Una Nueva Constitución para Chile y el Diseño de un Esquema de Incorporación del Derecho Internacional al Sistema Jurídico Chileno. En: CHÍA, Eduardo A.; QUEZADA, Flavio

(eds.). **Propuestas para una Nueva Constitución (Originada en Democracia)**, Instituto Igualdad - Facultad de Derecho Universidad de Chile - Friedrich Ebert-Stiftung, Santiago, p. 174-175, 2015.

GOBIERNO NACIONAL DE PARAGUAY. Gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay se Manifiestan sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **Gobierno Nacional de Paraguay**, Asunción, Abr. 24, 2019. Disponible en <<https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>>. Acceso en: 6 ago. 2019.

GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad. **Anuario Mexicano de Derecho International**, vol. XVII, p. 717-748, dic. 2017.

HAWKINS, Darren; JACOBI, Wade. Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts for Human Rights. **Journal of International Law and International Relations**, vol. 6, n. 1, p. 35-85, 2010.

HIGH LEVEL CONFERENCE ON THE FUTURE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Brighton Declaration**, Abr. 2012. Disponible en <https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf>. Acceso en: 26 jul. 2019.,

HIGH LEVEL CONFERENCE MEETING IN COPENHAGEN. **Copenhagen Declaration**, Abr. 2018. Disponible en <https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_ENG.pdf>. Acceso en: 26 jul. 2019.

MADRAZO LAJOUS, Alejandro et al. **Posicionamiento frente a la Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**, Ciudad de México, May. 9, 2019. Disponible en <https://ibero.mx/files/2019/posicionamiento_cidh_ibero_osidh.pdf>. Acceso en: 6 ago. 2019.

MASERI, Sergio Gómez. HRW denuncia ataque de Colombia y otros países contra la CIDH. **El Tiempo**, Washington, Abr. 24. Disponible en <<https://www.eltiempo.com/mundo/eeuu-y-canada/denuncian-ataque-de-colombia-y-otros-paises-contra-la-cidh-353034>>. Acceso en: 6 ago. 2019.

NASH ROJAS, Claudio. La Doctrina del Margen de Apreciación y su Nula Recepción en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, vol. 11, p. 71-100, 2018.

NIKKEN, Pedro. El Sedimente 'Fortalecimiento' del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sus Dobles Estándares Frente a las Obligaciones Internacionales de los Estados Americanos. **Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, vol. 56, p. 76-80, jul.-dic. 2012.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los Desafíos del Control de Convencionalidad del *Corpus Iuris* Interamericano para las Jurisdicciones Nacionales. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, vol. Año XLV, n. 135, p. 1167-1220, sep.-dic. 2012.

NÚÑEZ POBLETE, Manuel. Sobre la Doctrina del Margen de Apreciación Nacional. La Experiencia Latinoamericana Confrontada y el *Thelos* Constitucional de una Técnica de Adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: NÚÑEZ POBLETE, Manuel; ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea

(eds.). **El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales**, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p. 3-49, 2012.

PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**, 2. ed., Cambridge University Press, New York, 2014.

PAÚL, Álvaro. Admissibility of Evidence before the Inter-American Court of Human Rights, **Revista Direito GV**, vol. 13, n. 2, p. 663-673, mai-ago 2017.

PAÚL, Álvaro. Elementos para Reinterpretar el Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En: ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; DELPIANO LIRA, Cristián (eds.). **América Latina y el Orden Mundial Contemporáneo**, Universidad Externado de Colombia - Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional, Bogotá, p. 131-147, 2017.

PAÚL DÍAZ, Álvaro. La Corte Interamericana in Vitro: Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia. **Derecho Público Iberoamericano**, vol. 2, p. 303-345, abr. 2013.

PAÚL, Álvaro. The American Convention on Human Rights: Updated by the Inter-American Court. **Juris Dictio**, vol. 20, p. 53-86, dec. 2017.

PAÚL, Álvaro. The Emergence of a More Conventional Reading of the *Conventionality Control* Doctrine. **Revue Générale de Droit**, vol. 49, p. 275-302, feb. 2019.

PAÚL, Álvaro. The Inter-American Commission on Human Rights' Initial Review of Petitions, Its Backlog, and the Principle of Subsidiarity. **The George Washington International Law Review**, vol. 49, p. 19-52, feb. 2016.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y Control del Convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, vol. 8, n. 1, p. 117-136, 2010.

SILVA ABBOT, Max. Control de Convencionalidad Interno y Jueces Locales: Un Planteamiento Defectuoso. **Estudios Constitucionales**, vol. 14, n. 2, p. 101-141, jul. 2016.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Lautsi y otros vs. Italia**, Acción n° 30814/06. Publicado en 18 mar. 2011.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Leyla Şahin vs. Turquía**, Acción n° 44774/98. Publicado en 10 nov. 2005.

TUCKER, Duncan. Américas. Sistema Interamericano constituye una garantía fundamental para la vigencia de los derechos humanos en la región. **Amnistía Internacional**, Abr. 24. Disponible en <<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2019/04/americas-sistema-interamericano-fundamental-para-derechos-humanos/>>. Acceso en: 17 sep. 2019.

CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA: EL DIÁLOGO ENTRE LAS CORTES

LUISA FERNANDA GARCÍA LÓPEZ*

SUMARIO: 1. Introducción; 2. El control de constitucionalidad en Colombia, es un control concurrente con el de convencionalidad; 2.1. El control de convencionalidad; 2.2. La convencionalidad en el caso colombiano; 3. El control de convencionalidad y el dialogo entre las Cortes Nacionales; 3.1. El control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales en aplicación de la jurisprudencia de la CIDH; 3.2. La responsabilidad del Estado; 4. Conclusiones; Referencias.

1. Introducción

El control de convencionalidad en Colombia es obligatorio tanto para jueces y funcionarios. Se refiere al control difuso de convencionalidad que se materializa a través del ejercicio de todos los jueces y autoridades¹, de hacer un examen de compatibilidad entre los actos de la administración y disposiciones internas con la convención y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El “caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,” resulta emblemático en este aspecto, y consolida la obligación en cabeza del poder judicial de hacer el control de convencionalidad, ya que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”². En efecto, la corte Interamericana³ sostiene que en virtud del principio de complementariedad la jurisprudencia

* Profesora de derecho constitucional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Doctora en Derecho de la Université de Montpellier. Directora de la línea de investigación Confluencias entre derecho público y derecho privado del Grupo de derecho Privado. E-mail: luisa.garcia@urosario.edu.co.

¹ La extensión a las autoridades se refiere al caso *Gelman vs Uruguay*, 2011.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

³ Caso *García Ibarra y otros contra Ecuador*, sentencia de 17 de noviembre de 2015.

de la Corte IDH es obligatoria para todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención, y en esa medida le corresponde ejercer un “control de convencionalidad”.

En términos generales el control de convencionalidad no se entiende como la ‘negación, superación, o exclusión del control de constitucionalidad’⁴, es una manera de reafirmar la prevalencia de los derechos humanos y de los instrumentos que los consagran como, la CADH. Hablamos de un control concentrado cuando es la Corte IDH quien lo realiza, y un control difuso cuando los Estados y en particular los jueces son quienes lo realizan.⁵

2. El control de constitucionalidad en Colombia, es un control concurrente con el de convencionalidad

El control de constitucionalidad en el sistema colombiano tiene sus orígenes antes de la Constitución de 1991, cuando el acto legislativo 3 de la reforma constitucional de 1910 estableció un control judicial de constitucionalidad, este control era un control concentrado que le correspondía a la sala plena de la Corte Suprema de Justicia que más adelante, en 1968 esta función la asumió la sala constitucional de la misma corte. En 1991 se creó la Corte Constitucional que, entre sus atribuciones esenciales se encuentra la competencia en materia de definición y alcance de los derechos fundamentales, también ejerce el control de constitucionalidad de las leyes.⁶

⁴ DURANGO, G.; GARAY, K. El control de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, v. 18, n. 36, p. 99-116, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/dere.936>.

⁵ DURANGO, G.; GARAY, K. El control de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, v. 18, n. 36, p. 99-116, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/dere.936>.

⁶ Artículo 241 de la Constitución Política: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.
7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

En virtud del control de constitucionalidad y de convencionalidad, el ordenamiento jurídico colombiano, se ha venido permeando de normas internacionales particularmente, del sistema regional interamericano⁷ que inicialmente incluyó la Convención Americana de Derechos Humanos, con sus órganos emblemáticos como lo son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁸ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En Colombia por intermedio del bloque de constitucionalidad el poder judicial ha sido el encargado de velar por el cumplimiento de las normas convencionales, en realidad el control de constitucionalidad reenvía al control de convencionalidad.

En la Constitución de 1886, las normas de derecho internacional tenían prelación en el ordenamiento jurídico interno, pero no existía una norma explícita que aludiera a tal preeminencia, y por esta razón, la Corte Suprema de Justicia siempre fue renuente a aceptar un control de constitucionalidad de las normas frente a los tratados internacionales. En efecto, los textos de derecho internacional no tenían la fuerza vinculante que si adquirieron en 1991. “Los artículos 9, 44, 93, 94, 102 y 214 de la Constitución establecen el mandato constitucional que ordena la integración material de ciertas normas y principios que no hacen parte formal de la Carta Superior como parámetro del control de constitucionalidad de las leyes.

9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

11. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.

12. Darse su propio reglamento.

PARÁGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto”.

⁷ La CADH, suscrita en San José de Costa Rica en 1969, o “Pacto de San José” integra el Sistema Interamericano como la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y los siguientes protocolos adicionales: Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1998); y Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Asunción, Paraguay, 1990). Asimismo otros instrumentos internacionales integran el sistema como: la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, Colombia, 1985), sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, Brasil, 1994); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará, Brasil, 1994); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Guatemala, 1999); Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (Comisión Interamericana, 2000); Carta Democrática Interamericana (Asamblea General de la OEA, 2001); Convención Interamericana sobre la Corrupción (Caracas, Venezuela, 1996).

⁸ SANTIAGO, Alfonso; LANGE, Gardner. Los primeros sesenta años de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 11-57, jul./set. 2019.

Esta integración, es lo que la jurisprudencia de esta Corporación ha denominado el bloque de constitucionalidad”.⁹

La Corte identifica “dos dimensiones del bloque de constitucionalidad, uno en *sentido estricto que se refiere a las normas integradas a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta y otro en sentido lato como “aquellas disposiciones que tienen un rango normativo superior al de las leyes ordinarias, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional”*”.¹⁰

Si bien la noción de bloque de constitucionalidad¹¹ es una creación de la Corte Constitucional Colombiana, la idea de que ciertas normas de derecho internacional tienen la misma jerarquía que la Constitución, es un concepto que se asocia con el artículo 93 según el cual, los tratados internacionales de derechos humanos aprobados y ratificados por Colombia, prevalecen en el ordenamiento jurídico interno. Así lo estableció la Corte Constitucional en sentencia T-409 de 1992. En dicha sentencia la Corte analizó la tensión existente entre el deber de prestar el servicio militar y el derecho a la libertad de conciencia bajo el principio de ‘obediencia debida’. La Corte manifestó que ‘la obediencia debida’ no debía interpretarse como una obligación ‘ciega de cumplimiento’ de órdenes superiores, sino que debía someterse al ordenamiento jurídico y ajustarse al artículo 93 de la Constitución que prohíbe la limitación de los derechos fundamentales en los estados de excepción. Esta decisión fue ratificada en la sentencia C-574 de 1992 que analizaba la exequibilidad del Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 1949, donde sostuvo que los convenios sobre derecho internacional prevalecen sobre la legislación nacional. Por lo anterior, las reglas de derecho internacional humanitario prevalecen sobre el ordenamiento interno. A su vez, la noción de bloque de constitucionalidad la incorporó definitivamente la Corte Constitucional en la sentencia C- 225 de 1995, fallo en el que revisó el protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, en materia de protección de víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional y la ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio del cual se aprueba el protocolo> La Corporación definió entonces el bloque de constitucionalidad ‘como una unidad jurídica compuesta por normas y principios que sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes por cuanto han sido normativamente integrados a la constitución por diversas vías y por mandato de la constitución. Conciliar la supremacía de la Constitución

⁹ Sentencia C- 327 de 2016.

¹⁰ Sentencia C- 327 de 2016 también en este sentido, C-028 de 2006.

¹¹ “El bloque de constitucionalidad comprende el conjunto de normas, reglas y principios, tanto consagrados explícitamente en la Constitución como los que se integran materialmente por su remisión explícita, que constituyen el parámetro de control abstracto de las leyes. Así, los tratados internacionales de derechos humanos, los tratados de derecho internacional humanitario, los tratados limítrofes y algunas de las leyes orgánicas y estatutarias hacen parte del parámetro de constitucionalidad, ya sea en sentido estricto o en sentido lato”. Sentencia C- 327 de 2016.

como norma de normas del artículo 4 y la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos es una disposición que se vuelve imperativa en estados de excepción del artículo 93 de la Constitución. Así, la Corte hizo una construcción jurídica del bloque de constitucionalidad en sentido lato y en sentido estricto. En sentido estricto se refiere a los principios y valores constitucionales consagran derechos humanos y cuya limitación se prohíbe en los estados de excepción.¹² Las normas que integran el bloque de constitucionalidad tienen jerarquía constitucional y por ende son fuente de derecho, porque sus jueces en sus providencias así como aquellos sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales se someten a la constitución, a la ley y al bloque de constitucionalidad. De esta forma, las normas del bloque de constitucionalidad cumplen la función de ser:

- a. Una regla de interpretación frente a dudas que surjan al momento de su aplicación,
- b. la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso,
- c. Orientar las funciones del operador jurídico,
- d. limitar la validez de las regulaciones subordinadas.¹³

2.1. El control de convencionalidad

El control de convencionalidad es una obligación de los jueces nacionales de confrontar las normas nacionales con las contenidas en el sistema interamericano.¹⁴ Este se refiere a la Convención Americana, a sus protocolos adicionales, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana que construye el llamado corpus iuris interamericano.

Para la Corte Constitucional, este corpus iuris, ha sido un criterio importante de interpretación en el control de constitucionalidad. Tal es el caso de la protección de la vida como un valor fundamental y como criterio determinante frente a los derechos reproductivos de las mujeres.

¹² Sentencia C-191 de 1998, T-483 de 1999.

¹³ Sentencia C-225 de 1995.

¹⁴ Sobre el tema, ver: ROZNAI, Yaniv; KREUZ, Leticia Regina Camargo. Conventionality control and Amendment 95/2016: a Brazilian case of unconstitutional constitutional amendment. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 35-56, mai./ago. 2018; MOLINA HERNÁNDEZ, Mario. Administración pública y control de convencionalidad: problemas y desafíos. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 5, n. 2, p. 287-299, jul./dic. 2018; GATTI, Franco. La doctrina del "margen de apreciación nacional" y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 3, n. 1, p. 19-32, ene./jun. 2016; ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 283-300, ene./jun. 2015.

De esta forma, las normas de la Convención Americana que también hacen parte del bloque de constitucionalidad se deben interpretar en conformidad con la Constitución, ello sugiere que el control de constitucionalidad conlleva a un control de convencionalidad.¹⁵ La Corte ha reiterado que el control de constitucionalidad cumple una función orientadora y otra interpretativa. En efecto la función integradora, exige integrar al ordenamiento jurídico interno, disposiciones que si bien, no se encuentran en la constitución, se encuentran vinculadas tácitamente por los artículos 93, 94, 44 y 53 de la misma.¹⁶ En lo que se refiere a la función interpretativa, es aquella donde las mismas interpretaciones de la Corte Interamericana de derechos Humanos, en su función consultiva o contenciosa, son la guía en la interpretación de los derechos fundamentales como criterio hermenéutico en el control de Convencionalidad¹⁷. Es el órgano judicial autorizado y por ende sus fallos fijan el alcance y contenido de los derechos fundamentales¹⁸. Es así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana se convierte en fuente del derecho internacional y vinculante para Colombia.¹⁹ Se considera que las interpretaciones de la Corte Interamericana contienen una interpretación auténtica de los derechos consagrados en la Convención americana de derechos humanos²⁰. Cabe agregar que la Corte reitera que este ejercicio de interpretación se debe hacer ‘de acuerdo con las circunstancias del caso que se analiza, y la relevancia del precedente interamericano para el caso en concreto’²¹.

La Corte reitera: *“la jurisprudencia ha sido constante en reiterar que a la luz de lo dispuesto en el artículo 93 Superior, los estándares y reglas fijados por los organismos internacionales que monitorean el cumplimiento de los tratados sobre derechos humanos deben ser tenidos en cuenta para interpretar los contenidos normativos, ya que éstos “constituyen una `presencia tutelar`, que está `irradiando, guiando y delimitando la normatividad y la aplicación concreta de sus preceptos` sin que eso signifique que la Corte no pueda apartarse del precedente o interpretar de manera diferente las normas internacionales que le sirven de fundamento al fallo”²².*

¹⁵ GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019; RESENDE, Augusto César Leite de; MOLINARO, Carlos Alberto. A interamericanização do direito administrativo sancionador brasileiro: reflexões sobre o princípio da tipicidade da infração disciplinar a partir do diálogo judicial internacional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 153-173, abr./jun. 2019.

¹⁶ Sentencia C-271 de 2007.

¹⁷ Sentencia C- 271 de 2007.

¹⁸ Sentencia C- 010 de 2000.

¹⁹ Sentencia C- 370 de 2006. Cfr. COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos. El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 13-31, out./dez. 2019.

²⁰ Sentencia C-442 de 2011 y Sentencia C-269 de 2014.

²¹ Sentencia C- 715 de 2012.

²² Sentencia C- 327 de 2016. Ver también sentencia T-653 de 2012.

En este sentido, la sala plena de la Corte Constitucional ha dispuesto que para que un asunto ya estudiado por la Corte Constitucional sea nuevamente abordado con fundamento en una interpretación diferente de la Corte Interamericana, afirma que se deben cumplir los siguientes requisitos:

‘(i) que el parámetro de control del asunto previamente examinado haya sido una norma integrada al bloque de constitucionalidad en sentido estricto; (ii) los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan variado radicalmente y de forma clara el sentido de tal norma; (iii) la nueva interpretación resulte compatible con la Constitución Política; (iv) ofrezca un mayor grado de protección a los derechos, que el otorgado por la Constitución; (v) se integre a la ratio decidendi de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y (vi) sea uniforme y reiterada’²³.

¿Como se armoniza el derecho interno con el derecho del sistema interamericano de derechos humanos? La doctrina ha creado una teoría alrededor del *ius commune* latinoamericano, generando unos parámetros comunes de interpretación de la convención americana de derechos humanos y de aplicación de los derechos humanos en todos los países que integran el sistema interamericano²⁴. El control consiste en una armonización en la interpretación por parte de los jueces de los artículos 1.1 y 2 de la Convención con el Estado quien asume la obligación de garantizar los derechos que están consagrados en la Convención. De esta forma, la convencionalidad circunscribe la Constitución y el ordenamiento jurídico interno de cada Estado²⁵, sin desconocer que en virtud de la *pacta sunt servanda*, consagrado en la Convención de Viena, se debe realizar un control de convencionalidad para cumplir con los mandatos del tratado internacional;

La Corte IDH ha sido reiterativa respecto de la obligación de los funcionarios y de los jueces nacionales de respetar el contenido de la Convención, así como, de adoptar los criterios de la su propia jurisprudencia en el ordenamiento jurídico interno, en temas relacionados como los derechos de los niños, la no caducidad en hechos relacionados con actos de lesa humanidad, los derechos a la libertad de expresión y opinión, los derechos de las víctimas, el derecho a la reparación integral, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a la protección judicial

²³ Sentencia C- 500 de 2014.

²⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”. In: BREWER CARIAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 175-181.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

El caso *Boyce y otros vs. Barbados*, en sentencia del 20 de noviembre del 2007, la Corte IDH señaló cómo debe ser interpretado el control de convencionalidad en el ámbito interno. En dicha sentencia, señala la Corte IDH, las obligaciones se deben cumplir de buena fe bajo la Convención Americana de Derechos Humanos y no se podrá invocar por parte de los jueces la aplicación de las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de las obligaciones convencionales. El segundo, que los tribunales no pueden limitarse solamente a realizar control de constitucionalidad de sus resoluciones, sino que también deben hacer un control de convencionalidad.

La Corte IDH describe el conjunto de tratados de derechos humanos como un *corpus iuris*, integrado por un *ius Constitutionale Commune*, encargado de la implementación de las decisiones de la CIDH. Ello se explica en el contenido transformador de los derechos humanos y de las constituciones, donde la carta de derechos constituye la “piedra angular” del ordenamiento jurídico, y al mismo tiempo una herramienta de transformación de las sociedades en el logro del reconocimiento de derechos. Lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una “interpretación convencional” para determinar si aquellas normas son “compatibles” con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.²⁶

2.2 La convencionalidad en el caso colombiano

Colombia reconoce el control oficioso de convencionalidad, en ponencia del magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en fallo del 3 de diciembre del 2014, señaló que el control de convencionalidad implica el deber de todo juez nacional de realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tienen que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH.

Lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una “interpretación convencional” para determinar si aquellas normas son “compatibles” con los mínimos

²⁶ “[...] Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el *corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Talca, año 9, n. 2, p. 531-622, 2011.

previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.”²⁷.

El caso de los 19 comerciantes contra Colombia del 5 de julio de 2004, es un caso que llegó a la Corte, cuando las autodefensas campesinas del Magdalena Medio, desaparecieron y asesinaron a 19 Comerciantes en el Municipio de Puerto Boyacá. La Corte en dicha ocasión, identificó un espacio de colaboración entre los paramilitares y la fuerza pública, lo que confirmaba la falta de reacción por parte de las autoridades.

La Corte evidenció que los asesinatos con motivos políticos en Colombia eran originados por grupos paramilitares y dichos grupos tenían vínculos con la fuerza pública. Afirma la Corte IDH que en 1997 el informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, emitido por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, evidenció casos representativos de violaciones del derecho a la vida, en los que se alegó que el gobierno y las fuerzas armadas colaboraron con los paramilitares en asesinar, amenazar o desplazar a la población civil. Dicha colaboración entre las fuerzas públicas y los paramilitares ha representado un gran obstáculo para la observancia de los derechos humanos en Colombia, en opinión de la Oficina del Alto Comisionado. En el informe de 1997 la Alta Comisionada mostró su preocupación por la posible participación de las fuerzas armadas con los paramilitares en actos de violencia incluyendo, entre otros, la masacre en Mapiripán. Según ese informe, “los actos cometidos por paramilitares constituyeron el mayor número de violaciones de derechos humanos reportados en el país en 1997, incluidas masacres, desapariciones forzadas y toma de rehenes. (...)”.²⁸

En el caso de las Masacres de Ituango c. Colombia, hechos ocurridos en el municipio antioqueño del mismo nombre entre junio de 1996 y 1997, la Corte conoció de las masacres del Aro y la Granja, ocurridas en el citado Municipio. Tales actos fueron ejecutados por miembros de las autodefensas. En dicha oportunidad la Corte encontró demostrada “la participación y aquiescencia de miembros del Ejército colombiano en la incursión paramilitar en El Aro y en la determinación de un toque de queda con el fin de facilitar la apropiación del ganado.”²⁹ Se trató, entonces, de una colaboración determinante para la consumación exitosa de los actos perpetrados por los paramilitares en Ituango.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 20 de octubre de 2014, exp. 28505. 88, María Acened Rubio de Aros y Otros c. Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Policía Nacional Expediente 73001-23-31-000-2003-01736-01 (35413) Acción de reparación directa 9.44.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Mapiripán contra Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Masacres de Ituango c. Colombia, sentencia de 1º de julio de 2006 (fondo). 91 María Acened Rubio de Aros y Otros c. Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Policía Nacional Expediente 73001-23-31-000-2003-01736-01 (35413) Acción de reparación.

Finalmente, la providencia dictada por la Corte Interamericana en este tipo de asuntos fue la sentencia de 20 de noviembre de 2013 en el Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) c. Colombia, donde se conoció de los actos que llevaron al Homicidio de Marino López y al desplazamiento de la población asentada en la cuenca del Río.

El caso de la Masacre de Pueblo Bello³⁰ ocurrió entre el 24 y 27 de febrero de 1997, cuando el ejército se encontraba ejecutando la “Operación Génesis”, miembros de grupos paramilitares adelantaron la “operación Cacarica” que derivó en los hechos ya comentados.

En 1997, donde fue iniciada, en la zona del río Salaquí y del río Truandó, municipio de Riosucio, Chocó, la Operación militar de contraguerrilla denominada “Génesis”, durante la cual habrían sido atacados por lo menos siete objetivos designados en la respectiva orden militar de operaciones”; y simultáneamente a esos hechos, y en el marco de lo que luego fue llamado “Operación Cacarica” por las autoridades colombianas, unidades paramilitares del “Bloque Chocó” y del Grupo de “Pedro Ponte” incursionaron en la región de la cuenca del río Cacarica, varios kilómetros al norte del lugar donde se desarrollaba la Operación Génesis, amenazando y aterrizando a los pobladores de la zona, ordenándoles dejar sus propiedades y desplazarse. Así, en el marco de esas incursiones, el 26 de febrero de 1997 esas unidades paramilitares dieron muerte al señor Marino López en el poblado de Bijao, y en un lapso que coincidió con parte del desarrollo de las operaciones referidas, un grupo importante de pobladores de la cuenca del Cacarica se vio forzado a desplazarse hacia Turbo, Bocas de Atrato y la República de Panamá.

3. El control de convencionalidad y el dialogo entre las Cortes Nacionales

La Corte Constitucional en sentencia C-251 de 2002³¹ abordó el controvertido tema relacionado con el paramilitarismo en Colombia sintetizándolo bajo dos modalidades, que la CIDH ya había evidenciado en la jurisprudencia relacionada con casos de demandas contra el Estado Colombiano.

En efecto, la Corte IDH por su parte, en el caso de Mapiripan, la Rochela, Pueblo Bello, Ituango y otros, abordó este punto invocando jurisprudencia de la Corte Constitucional, que confirma los nexos entre miembros de las Fuerzas Armadas de Colombia y grupos paramilitares, en determinadas zonas geográficas del país y en periodos de tiempo específicos. De acuerdo a lo determinado en esos casos, ese vínculo habría consistido en: “a) acciones

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Pueblo Bello c. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 2002.

concretas de colaboración, apoyo o colaboración³², b) omisiones que permitieron o facilitaron la comisión de graves delitos por parte de actores no estatales³³, c) Por otro lado, es un hecho público y notorio que varias decisiones de altas Cortes colombianas se han referido a los vínculos existentes entre grupos paramilitares e integrantes de la fuerza pública, al igual que varios informes de la Defensoría del Pueblo³⁴.

3.1. El control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales en aplicación de la jurisprudencia de la CIDH³⁵

El control de Convencionalidad que realiza la Corte Constitucional, lo hace a través de la interpretación de las normas de derechos humanos inspirada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En esa medida, el control de convencionalidad se extiende a todas las autoridades locales de tomar en consideración no solo el texto del tratado sino también la interpretación judicial que realiza la Corte Constitucional³⁶.

Ella es un criterio hermenéutico relevante que deberá ser considerado en cada caso. Sin embargo, cuando las normas del tratado se integran al parámetro de control y las autoridades encargadas de interpretarlo establecen una comprensión uniforme, reiterada y clara, no resulta posible desde la perspectiva de la inserción del estado colombiano en las relaciones internacionales (arts. 9 y 226), abstenerse de considerar esa interpretación al analizar la posibilidad de examinar nuevamente un asunto que, en sede del control abstracto, lo había sido previamente.

La Corte Constitucional ha evaluado el principio de igualdad desde la perspectiva de la convencionalidad y la constitucionalidad.³⁷ Evaluó las expresiones “Las mujeres sin distinción de edad”, contenidas en el numeral 3 del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo. Este artículo prohíbe a las mujeres desarrollar labores de trabajo subterráneo en las minas, así como desarrollar labores peligrosas, insalubres o que impliquen grandes esfuerzos. La

³² Cfr. Caso de la Masacre de Mampiripan Vs. Colombia. Fondo, y Reparaciones. párr. 123; Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas párrs. 82, 93, 101.a); Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas párrs. 125.57, 125.86 y 132, y Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109 parr. 86.c); Caso Masacre de Pueblo Bello Colombia. Fond. párrs. 126 y 140; Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas párr. 92. 131 Cfr. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal: Sentencia de Revisión N° 30516, 11 de marzo de 2009.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá D.C., 25 de febrero de 2016. En esta sentencia afirma que el control de convencionalidad ya no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁶ Sentencia C- 500 de 2014.

³⁷ Sentencia C – 586 de 2016.

demanda de inconstitucionalidad, solicitó la declaratoria de inexecutable del artículo, por considerar que era violatorio del artículo 13 de la Constitución, que establece la igualdad y ‘el derecho de acceso al trabajo en condiciones de igualdad dispuesto en el artículo 25 de la Constitución y de la libertad de escoger profesión u oficio prevista en el artículo 26 de la Carta Política’.

El enunciado demandado señala que “Las mujeres, sin distinción de edad” no pueden ser empleadas en trabajos subterráneos de las minas, ni trabajar en labores peligrosas, insalubres o que requieran grandes esfuerzos. La medida adoptada por el legislador consiste en una prohibición dirigida específicamente a las mujeres, que les impide desempeñarse laboralmente en los cuatro escenarios referidos. En sentido contrario y como ha sido afirmado varias veces en este escrito, los hombres pueden trabajar en cualquier actividad de las autorizadas por la ley, mientras que las mujeres no pueden hacerlo.

Afirma la Corte que, en este caso, el código sustantivo del trabajo ha creado una restricción para la mujer, lo que constituyen una discriminación por el sexo. Esta disposición va en contra del artículo 13 de la Constitución por ser contraria al principio de igualdad, al artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prohíben la discriminación de mujeres en Colombia. De esta forma, “la medida que le prohíbe el trabajo a las mujeres en los escenarios antedichos no es necesaria, en tanto que es muy lesiva, y adicionalmente es desproporcionada, pues su presencia afecta derechos de los que son titulares las mujeres, permitiendo que estas continúen sus vidas en la pobreza o bajo el modelo de la dependencia, al excluirlas de sendos escenarios del mercado laboral”. En esa medida, la diferencia de trato por parte del legislador no tiene justificación constitucional y por lo mismo, debe ser declarada inexecutable.

La Corte reitera su posición frente a la prohibición de discriminación y reitera la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Hace especial mención del Caso González y otras contra México del 2009, “Campo algodonero”, cuando la desaparición, tortura y muerte de mujeres en Ciudad Juárez, generó un parámetro de protección y de reconocimiento de derechos de las mujeres. En esta sentencia las mujeres fueron reconocidas como un grupo sujeto de discriminación, por prácticas culturales discriminatorias y reiteradas. “Esto generó la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la violación de múltiples derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará y en referencia a los estereotipos articulados en contra de la mujer .

De igual forma hace especial mención del caso Atala Riffo y Niñas contra Chile, como un caso emblemático de discriminación de la mujer que por su homosexualidad, no podía ejercer de forma idónea su labor de juez de la República, así como tampoco el rol

de madre. Esto la CIDH lo destaca como una forma de violencia sobre las mujeres, que se basa en patrones sociales que agudizan la discriminación. La Corte Constitucional ha desarrollado en virtud de la jurisprudencia interamericana, la remoción de los estereotipos de género, donde se revierte la concepción de la mujer como aquella destinada a la reproducción, o la crianza de los hijos, imponiendo la igualdad de derechos y de oportunidades dando aplicación al sistema interamericano de derechos humanos y la amplia jurisprudencia de la CIDH al respecto.

La Corte en su análisis aborda el principio de proporcionalidad³⁸ y el test de razonabilidad³⁹ para llegar al “juicio integrado de igualdad” o “test integrado de igualdad”⁴⁰.

De acuerdo a lo anterior, el Consejo de Estado verificó que los vínculos o nexos entre miembros de la Fuerza Pública y los llamados “paramilitares” o “autodefensas” no han sido cuestiones anecdóticas, aisladas o singulares, sino que, lamentablemente, obedecen a una situación de connivencia que se difundió en diversos sectores. Así lo manifestó en la jurisprudencia del caso de las muertes ocurridas en Frías la noche del 15 de septiembre de 2001. El Consejo de Estado⁴¹ afirma, que el reconocimiento del fenómeno del paramilitarismo

³⁸ “El principio de proporcionalidad ha sido genéricamente definido como una estructura argumental que le permite a los tribunales y a los usuarios fundamentar sus interpretaciones acerca del contenido de los derechos fundamentales, en aquellos casos en los que se plantea una colisión entre principios constitucionales, que suministran razones en favor y en contra de una intervención legislativa”. Sentencia C – 586 de 2016.

³⁹ “La aplicación del test de razonabilidad sería una metodología de pasos y criterios que efectiviza el principio de proporcionalidad en los casos concretos. (...)”. Sentencia C – 586 de 2016 ver también sentencia C-093 de 2001.

⁴⁰ Afirma la Corte que está constituido por tres elementos, que consisten en: (i) determinar cuál es el criterio de comparación o *tertium comparationis*; (ii) definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) establecer si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, es decir, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas de un modo similar”. Sentencia C – 586 de 2016. En sentencia C-104 de 2016, la Corte define con mayor exactitud el concepto: “El juicio integrado de igualdad se compone entonces de dos etapas de análisis. En la primera, (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o *tertium comparationis*, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales”.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 9 de mayo de 2012, exp. 20334. 94licto armado María Acened Rubio de Aros y Otros c. Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Policía Nacional Expediente 73001-23-31-000-2003-01736-01 (35413) Acción de reparación directa que era una cuestión de dominio público por los moradores. En este sentido, también reprocha la Sala el que de facto se hubiera registrado una renuncia a la soberanía estatal en dicha región, pues, para todos los efectos prácticos, la población de Frías se encontraba a merced de lo que dispusieran los presuntos guerrilleros que allí mantenían y no puede alegarse la falta de denuncia de la población o que no se presentó nunca una solicitud formal en tal sentido, pues ello sería tanto como considerar que el ejercicio de las funciones básicas o fundamentales del Estado deben obedecer a pedimentos o ruegos particulares de la población, como si no se tratara de un derecho en cabeza de los moradores de una zona como la del Corregimiento de Frías; con mayor razón tratándose de un sitio equidistante a centros poblados de importancia a nivel nacional.

requería intensificar por parte del Estado, “deberes positivos”⁴² dada la violación sistemática de Derechos Humanos, así como el incumplimiento de los tratados de derecho internacional humanitario por parte del Estado⁴³. Ello no solo es un desconocimiento de sus deberes, así como un desconocimiento del principio de dignidad presente en la Constitución Política⁴⁴. El alcance de la noción de ‘deberes positivos’, afirma el Consejo de Estado, se somete a la Convención Americana de Derechos Humanos, así como a la Constitución Política, que establece que el Estado tiene una obligación positiva de asegurar y preservar los derechos a la vida, la integridad física, y la seguridad de las personas. Este deber afirma es una obligación de medio, por lo tanto, todas las autoridades deben preservar estos derechos dentro de la proporcionalidad y razonabilidad en el conflicto armado.⁴⁵ En este caso, estamos en presencia de un conflicto armado interno, que requiere de acciones concretas por parte del Estado y frente a acciones por parte de la guerrilla o de paramilitares que violan de manera sistemática los derechos fundamentales, el Estado estaría negando su soberanía concepto entendido como la garantía de los Derechos Humanos y la cláusula democrática. Por lo anterior, el Consejo de Estado decide declarar la responsabilidad de la Nación- Ministerio de Defensa, afirmando que existe una “*macrocriminalidad* imperante” y ello requiere de acciones concretas por parte del Estado que acogiendo la jurisprudencia de la Corte IDH, debe suprimir normas que violen la Convención Americana de Derechos, y debe desarrollar prácticas que permitan la efectividad de los derechos contenidos en la Convención⁴⁶.

Los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo obligan al Estado colombiano cuando éste ha sido parte en el respectivo proceso. Esta conclusión, que reconoce el carácter definitivo e inapelable asignado por el artículo 67 de la Convención Americana de Derechos Humanos a los fallos de la Corte Interamericana, encuentra apoyo normativo directo en lo prescrito en el artículo 68.1 de la referida convención conforme al cual los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes⁴⁷.

⁴² Sentencia del 19 de noviembre de 2008. Exp.28259 (masacre de Santo Domingo); de 27 de mayo de 2009. Exp.15186 (masacre de los Uvos); de 26 de febrero de 2009. Exp.26808 (masacre de Valdivia); de 15 de agosto de 2007. Exp.2002-0004 AG (caso Filo Gringo).

⁴³ Los derechos de la persona se constituyen en límites que debe respetar el Estado “cuando busca alcanzar objetivos de interés general como la paz, la seguridad y la defensa nacional”. Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 2002. Puede verse las siguientes sentencias de la Sección Tercera: sentencias de 19 de octubre de 2007. Exp.29273 (masacre El Aro).

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-004 de 2003.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 26 de marzo de 2014, exp. 29129.

⁴⁶ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273.145. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 26 de marzo de 2014, exp. 29129.

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C- 500 de 2014.

Así pues, atendiendo la obligación de cumplir sus compromisos internacionales las autoridades deben tomar en consideración, según lo advierte la Corte Interamericana, no solo el texto del tratado sino también las pautas que sobre su interpretación establece dicho Tribunal. Con esa misma orientación, la jurisprudencia interamericana ha señalado recientemente, luego de afirmar la obligación de los Estados de cumplir las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana cuando sean parte en el respectivo proceso, que cuando ello no ocurre -no son parte en el proceso- las autoridades del Estado están vinculadas por el Tratado y, por ello, deben ejercer, un control de convencionalidad

3.2. La responsabilidad del Estado

Una parte del conflicto colombiano se ubica en parte la región del Urabá históricamente ha sido una zona geoestratégica relevante, se ubica en el noroeste de Colombia, extendiéndose hasta la frontera con Panamá, incluyendo el Golfo de Urabá, donde desemboca el río Atrato. Al tener una condición de puerto y combinar un clima montañoso y selvático, es una zona propicia para los cultivos de banano, pero también un clima propicio para cultivos ilícitos. Esta zona geográfica ha propiciado el contrabando de mercancía, el tráfico ilegal de armas, y la entrada de insumos para el procesamiento de la coca, así como el embarque de narcóticos hacia los países de Centroamérica⁴⁸. Por esta razón la región del Urabá es de gran importancia geoestratégica en el conflicto armado y epicentro de la confrontación armada.⁴⁹ Concretamente el Municipio de Riosucio, es un lugar donde confluyen los grupos armados ilegales, presionan la tala de especies nativas, sembrando coca, palma aceitera y banano⁵⁰. Según el informe de la Fiscalía General de la Nación, la guerrilla hizo su aparición en la década de los 60 con la entrada de las FARC, del Ejército Popular de Liberación (EPL) y del Ejército de Liberación Nacional (ELN). Los grupos paramilitares hicieron su entrada en la zona a partir de 1988 y las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá en 1994, estas autodefensas actuaban conjuntamente con los Paramilitares, luchando por mantener su presencia, aunado a estos grupos, se encontraba el frente 57 de las FARC. En 1996 las unidades paramilitares de las AUC, se apoderaron del control sobre el Atrato, empezaron a avanzar, realizando amenazas, intimidaciones, persecuciones, bloqueos económicos, asesinatos, que

⁴⁸ Disponible en: http://historico.derechoshumanos.gov.co/Observatorio/Publicaciones/documents/2010/Estu_Regionales/uraba.pdf. Consultado el 26 de agosto de 2019.

⁴⁹ Fiscalía General de la Nación, Unidad de Justicia y Paz, Dossier del Bloque Elmer Cárdenas, Génesis (expediente de prueba, folio 44475). Cfr. Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁵⁰ Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

afectaron a varias comunidades del municipio de Riosucio, el río Cacarica y Curvaradó⁵¹. Estas acciones fueron generando un desplazamiento masivo, u objeto de presión por parte de la guerrilla y de los paramilitares

De acuerdo con ciertos rumores, los paramilitares tenían intenciones de apropiarse del municipio de Riosucio, que se comprobaba con un bloqueo económico y alimentario en la zona. Además, entre el 24 y el 27 de febrero de 1997 debía ejecutarse la operación de contrainsurgencia denominada “Operación Génesis”⁵² cuyo fin, era que las Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, atacaran a la guerrilla en el área general del Río Salquí y Río Truandó, para capturar y/o neutralizar a los integrantes del Bloque José María Córdoba y Cuadrilla 57 de las FARC y liberar a los 10 infantes de marina secuestrados⁵³.

Encontramos posiciones afines tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional en lo relacionado con el reconocimiento del fenómeno del paramilitarismo, así como, la intensificación de los deberes positivos del Estado frente a esta situación dada la comisión de conductas sistemáticas de violación de Derechos Humanos: “Cabe, por lo tanto, considerar que las sistemáticas vulneraciones que produce el fenómeno del paramilitarismo a las víctimas, sin el despliegue de las obligaciones positivas a cargo del Estado producen violaciones tanto de los derechos humanos, como infracciones del derecho internacional humanitario, lo que lleva a configurar comportamientos que intensamente desconocen la dignidad y provocan más dolor a las víctimas, y representan un quiebre del orden público democrático.

No debe olvidarse que el deber del Estado, frente a este tipo de situaciones, cabe encuadrarlo en el mantenimiento de “la convivencia pacífica e instaurar un sistema jurídico político estable. Los derechos de la persona se constituyen en límites que debe respetar el Estado “cuando busca alcanzar objetivos de interés general como la paz, la seguridad y la defensa nacional”.⁵⁴

Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso García Ibarra y otros contra Ecuador, sentencia de 17 de noviembre de 2015, se sostiene que es “precisamente

⁵¹ Fiscalía General de la Nación, Unidad de Justicia y Paz, Dossier del Bloque Elmer Cárdenas, Génesis (expediente de prueba, folios 44477 y 44478). Cfr. Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁵² Ibidem.

⁵³ Cfr. Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, Decimoséptima Brigada Orden de operaciones No.004 “Génesis” e Informe de 6 de marzo de 1997 (expediente de prueba, folios 1406 y 5529). Declaración del Coronel Luis Emilio Cardozo Santamaría, perito propuesto por el Estado, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante la audiencia pública de 12 de febrero de 2013. Cfr. Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 2002. Puede verse las siguientes sentencias de la Sección Tercera: sentencias de 19 de octubre de 2007. Exp.29273 (masacre El Aro).

en función de ese principio de complementariedad que, en la jurisprudencia de la Corte, se ha desarrollado la concepción de que todas autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tiene la obligación de ejercer un “control de convencionalidad.

A través de la acción de reparación directa se busca que sean reparados todos los daños causados por una entidad estatal esta acción encuentra su base jurídica en el artículo 90 de la Constitución que establece que el estado debe reparar por el daño antijurídico que cause. Es un medio que prevé la jurisdicción contenciosa administrativa cuando se causa daño por acción o por omisión de la autoridad administrativa.

4. Conclusiones

En el escenario latinoamericano existe otra propuesta en torno a la reparación denominada ‘reparaciones transformadoras’, cuya intención es ir más allá de su función restitutiva. Reparación transformadora. La perspectiva restitutiva de la reparación integral se queda corta, limitada, es poco realista y demasiado exigente cuando se pretende resarcir a individuos pertenecientes a sociedades que vivencian una profunda crisis política y humanitaria y, que ya estaban en condiciones de desigualdad antes de padecer el daño.

Por consiguiente y para contribuir al resarcimiento del daño, la verdad, las iniciativas de justicia y las garantías de no repetición son elementos que hacen parte de lo que hoy se entiende por reparación, ampliando entonces la comprensión del concepto hacia una perspectiva centrada en las víctimas y que involucre su participación.

Para superar la limitación de un enfoque eminentemente restitutivo, se ha creado una tendencia hacia la transformación democrática de la sociedad.

Referencias

ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 283-300, ene./jun. 2015.

COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos. El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 19, n. 78, p. 13-31, out./dez. 2019.

DURANGO, G.; GARAY, K. El control de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, v. 18, n. 36, p. 99-116, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/dere.936>.

FERRER MACGREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Talca, año 9, n. 2, p. 531-622, 2011.

GATTI, Franco. La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 3, n. 1, p. 19-32, ene./jun. 2016.

GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019.

MOLINA HERNÁNDEZ, Mario. Administración pública y control de convencionalidad: problemas y desafíos. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 5, n. 2, p. 287-299, jul. /dic. 2018.

RESENDE, Augusto César Leite de; MOLINARO, Carlos Alberto. A interamericanização do direito administrativo sancionador brasileiro: reflexões sobre o princípio da tipicidade da infração disciplinar a partir do diálogo judicial internacional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 153-173, abr./jun. 2019.

ROZNAI, Yaniv; KREUZ, Leticia Regina Camargo. Conventionality control and Amendment 95/2016: a Brazilian case of unconstitutional constitutional amendment. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 35-56, mai./ago. 2018.

SANTIAGO, Alfonso; LANGE, Gardner. Los primeros sesenta años de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 11-57, jul./set. 2019.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”. In: BREWER CARÍAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA SOBRE LAS DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ*

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que impactan sobre la administración pública; 2.1. El juez interamericano y sus decisiones en el derecho interno; 2.2. Fórmulas utilizadas para impactar en la administración pública; 2.2.1. Modificación del panorama organizativo de la administración pública; 2.2.2. Exigir características especiales de una determinada administración pública; 2.2.3. Exigir el ejercicio de una competencia en un determinado sentido; 2.2.4. Reflexiones sobre las categorías de decisiones; 3. El rol del juez frente a la discrecionalidad de la administración pública; 4. La transformación del rol del juez de la administración pública en casos de violación de derechos humanos; 4.1. Transformación del control judicial de la administración pública en el marco de derechos humanos; 4.2. Las decisiones por parte del juez interamericano; 4.3. El control de convencionalidad por parte de la administración pública; 5. Conclusión; Referencias.

1. Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) viene adelantando una labor importante en la protección de los derechos humanos en la región. Su jurisprudencia ha logrado identificar y sancionar Estados por el incumplimiento de la Convención, y ha logrado incluso la prevención de posibles violaciones. Para lograr esta finalidad, la Corte IDH ha utilizado medidas de reparación que exigen de la administración pública unas determinadas conductas, medidas que van desde exigir la construcción de un monumento y financiación de una carrera hasta derogar un reglamento expedido por el presidente de la república.

* Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, España. Abogado y Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. I.I.L.L.M en Derecho Europeo por la Academia de Derecho Público Europeo. Diplomado en Litigio Arbitral por la Cámara de Comercio de Bogotá y el Ministerio de Justicia. E-mail: juan.covilla@uexternado.edu.co.

El estudio de este tipo de medidas se ha dado con frecuencia desde la perspectiva del sistema interamericano de derechos humanos¹, sin embargo, desde la perspectiva del derecho administrativo su análisis no ha sido abordado con suficiencia. Tal como se analizará en este trabajo, la revisión de estas medidas, el control judicial y las exigencias a la administración pública plantean un debate que debe analizarse desde esta disciplina, ya que se contraponen al funcionamiento del juez administrativo interno.

Para hacer este análisis se expondrán fallos que se han adoptado contra el Estado colombiano. En todo caso, la convencionalidad ha llevado a exponer que este tipo de decisiones tienen un impacto sobre el resto de Estados miembros de la Convención, por lo que el análisis aquí expuesto podrá ser de utilidad para estos.

El problema jurídico que se abordará en este trabajo será, entonces, ¿es posible que el juez interamericano adopte decisiones que impacten sobre la administración pública exigiendo una determinada conducta? Como se verá a lo largo de este trabajo, la respuesta es afirmativa, por lo que urge plantear el debate del alcance y análisis de este tipo de decisiones.

Para desarrollar esta hipótesis, en primer lugar, se revisarán (1.) las decisiones de la Corte IDH que impactan sobre la administración pública, en segundo lugar, se estudiará (2.) el rol del juez frente a la discrecionalidad de la administración pública y, en tercer lugar, (3.) se analizarán las transformaciones del rol del juez de la administración pública en casos de violación de derechos humanos.

2. Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que impactan sobre la administración pública

En esta sección se estudiará el funcionamiento de la Corte IDH sobre el derecho interno, partiendo de la facultad que tiene de exigir determinadas condiciones que van desde la rama legislativa, judicial hasta la administración pública y finalizando en las decisiones concretas que tienen un impacto en esta última. Para esto, por un lado, se analizará (1.1.) el juez interamericano y sus decisiones en el derecho interno y, por otro lado, se estudiarán (1.2.) las fórmulas utilizadas por la Corte IDH para impactar en la administración pública.

2.1 El juez interamericano y sus decisiones en el derecho interno

La Corte IDH tiene una larga tradición respecto de las decisiones que tienen un impacto en el derecho interno, y en particular sobre la administración pública. Se afirma que la decisión que inició esta línea fue la de *Aloeboetoe vs. Surinam* de 10 de septiembre de

¹ Véase Camilo Eduardo Umaña Hernández, "Reparación interamericana en los casos colombianos", en Paola Andrea Acosta Alvarado y Alexandra Castro Franco (eds.), *Jurisprudencia Interamericana en los casos contra Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, 548-563.

1993, modificando así la práctica de la Corte de únicamente tomar decisiones que versaran sobre la obligación de respetar los derechos a la libertad personal, a la integridad personal y el derecho a la vida. Supuso entonces un hito importante en la historia de la jurisprudencia interamericana, ya que buena parte de las decisiones que se tomaron en esta etapa fueron sustento para consolidar una línea jurisprudencial sobre violaciones a los derechos respecto de la protección judicial y las garantías judiciales².

La decisión de la Corte IDH de exigir medidas en el orden interno de los Estados miembros de la CIDH cuando se ha producido una vulneración de los derechos humanos tiene fundamento principalmente en el artículo 2 de la Convención, al señalar “Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

El artículo 2 de la CIDH tiene su origen, a su vez, en el art. 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³. Respecto de este último, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas encargado de hacer el seguimiento de dicho Pacto estableció en la Observación General No. 31 (Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004) lo siguiente: “7. El artículo 2 impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas y de otra índole adecuadas para cumplir sus obligaciones jurídicas”.

De esta manera, los Estados miembros de la Convención deben adoptar cualquier medida necesaria para hacer efectivos derechos y libertades y, entre esas medidas, se encuentra la de adoptar medidas administrativas, tanto organizativas como procedimentales, para satisfacer lo establecido en la CIDH.

Para concretar esta apreciación la Corte IDH ha demostrado en una importante cantidad de decisiones que para que el orden interno se encuentre conforme al ordenamiento interamericano puede adoptar medidas que exijan al Estado que la administración pública actúe o se organice de una determinada manera.

² Manuel Ventura Robles. *Corte Interamericana de Derechos Humanos: Memorias de su creación y actuación*, Medellín, Ediciones UNAULA, 2017, p. 48 y ss.

³ Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller. “Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”, en Christian Steiner y Patricia Uribe (coord.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*, Bogotá - México, Fundación Konrad Adenauer – Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 73

2.2 Fórmulas utilizadas para impactar en la administración pública

Las decisiones de la Corte IDH pueden tener un impacto considerable en la administración pública. Este impacto puede ser muy variado, va desde modificar la organización administrativa pública hasta exigir una determinada actuación del procedimiento administrativo.

En este apartado se establecerán categorías para distinguir los tres tipos de impactos que en términos generales pueden tener las decisiones de la Corte IDH sobre la administración pública⁴. Estas categorías servirán para exponer como no todas las decisiones de la Corte IDH sobre la administración pública generan el mismo impacto. Algunas inciden de manera importante, tanto como exigir la eliminación de una entidad estatal, mientras que otras son un poco menos, como la creación de una beca de estudios.

La identificación de este tipo de decisiones que tienen un impacto importante en la administración pública servirá para que en los apartados siguientes éstas se confronten con las fórmulas que utiliza el juez administrativo interno al evaluar decisiones de la administración pública en las que se deja un espacio de decisión discrecional.

La categorización se ha hecho de la siguiente forma: (1.2.1.) medidas que modifican el panorama organizativo, (1.2.2.) medidas que exigen características especiales de una determinada administración pública y (1.2.3.) medidas que exigen el ejercicio de una competencia en un determinado sentido⁵. Al finalizar, (1.2.4.) se harán algunas reflexiones sobre éstas.

2.2.1. Modificación del panorama organizativo de la administración pública

La Corte IDH ha tomado decisiones que buscan que el Estado miembro modifique su organización administrativa. De esta forma, le exige a un Estado que cree, modifique o suprima la configuración de una determinada administración pública en el sentido que se entiende más ajustado a la Convención.

El caso emblemático en este asunto es el que se ha denominado “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile) de 2001. Si bien este fallo ha sido significativo por exigir la modificación de la Constitución chilena, lo cierto es que tuvo un impacto directo sobre la configuración de su administración pública al exigir la eliminación del Consejo de Calificación Cinematográfica. Este órgano se encargaba de censurar películas cinematográficas y su función terminaba por contrariar los derechos a la libertad de pensamiento y expresión.

⁴ Esta investigación se ha enfocado en las decisiones que se han adoptado respecto de Colombia, aunque eventualmente se podrán hacer referencias a decisiones emblemáticas que hayan afectado a otro Estado miembro.

⁵ Como se verá, algunas de las situaciones que se analizarán podrían estar incorporadas en más de una categoría, la decisión de identificarlas como se ve a continuación es meramente didáctica.

En el caso colombiano no se ha dado un ejemplo tan importante como la obligación de eliminar una entidad estatal, pero sí la obligación de modificar su organización interna. El ejemplo es el de la creación de un fondo para desarrollar obras⁶. A través de esta medida exige a una determinada entidad estatal establecer un presupuesto de inversión para ejecutar obras que favorezcan a la comunidad de la que pertenece la víctima⁷.

El Estado se ve en la obligación de adoptar medidas organizativas, como la creación de un programa, que tiene un impacto especial en la administración pública, ya que exige una reestructuración administrativa para cumplir con las actividades establecidas.

2.2.2. Exigir características especiales de una determinada administración pública

En este segundo tipo de exigencias de la Corte IDH, ésta busca que las administraciones públicas encargadas de actividades relativas a los derechos humanos cuenten con unas determinadas condiciones para satisfacer así lo establecido en la Convención.

El caso emblemático que podemos traer a colación en este asunto es el de la Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay de 24 de agosto de 2010. En este fallo se exige que un procedimiento administrativo reivindicatorio de tierras se lleve a cabo de una determinada manera.

En los fallos contra Colombia se han tomado varios tipos de decisiones en las que se exige una característica especial a una determinada entidad, de estas se resalta la obligación de revocar decisiones, investigar hechos y encontrar responsabilidad administrativa⁸. Una de las decisiones más recurrentes e incisivas en la administración pública es esta. La Corte IDH exige a unas determinadas entidades encargadas de encontrar responsabilidades y determinar la verdad en los casos de violación de derechos humanos que su actuación sea acorde con la Convención y, en consecuencia, puede pedir que los procedimientos disciplinarios, por ejemplo, se surtan de una determinada forma. Puede pedir que se revoquen decisiones o investiguen hechos que no fueron incluidos previamente que concluirán por encontrar responsable a una persona.

Además de esta decisión se podrían incluir casos en lo que la Corte IDH le exige al Estado que la administración pública cuente con unas determinadas características para que pueda adoptar la decisión ajustada a la Convención⁹. Estas características van desde

⁶ Caso Escué Zapata vs. Colombia.

⁷ Se ha pedido por parte de la Corte IDH la creación de una cátedra en una universidad (Escué Zapata vs. Colombia). También se ha exigido la creación de un programa de vivienda (las Masacres de Ituango vs. Colombia).

⁸ Villamizar Durán y otros vs. Colombia, caso Isaza Uribe y otros vs. Colombia, caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia, caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, caso Escué Zapata vs. Colombia.

⁹ Además del ejemplo expuesto, se pueden observar en esta categoría: investigar en un plazo razonable, de acuerdo con las condiciones establecidas (Villamizar Durán y otros vs. Colombia), capacitación en derechos humanos

condiciones específicas de los funcionarios que actúan hasta procedimientos concretos que deben seguir.

2.2.3. Exigir el ejercicio de una competencia en un determinado sentido

Para finalizar estas categorías se encuentran decisiones de la Corte IDH en las que se exige que las competencias de una entidad estatal sean ejercidas en un determinado sentido. Entre los varios casos emblemáticos que podríamos mencionar en este asunto, podemos traer a colación el de *Claude Reyes vs. Chile* de 19 de septiembre de 2016, donde se exigió el acceso a información bajo control del Estado en materia de inversión privada.

En los casos contra Colombia se han tomado varias decisiones en este sentido. Se pueden clasificar en medidas jurídicas, medidas prestacionales y medidas económicas. De estas, se puede resaltar como medida jurídica la de derogar y adoptar reglamentos en un determinado sentido¹⁰. Este tipo de decisiones tienen una consecuencia importante sobre la administración pública al incidir sobre la potestad reglamentaria, configurando así la regulación de determinados sectores.

Dentro de las medidas económicas, el ejemplo que se puede es la financiación de un documental¹¹. En las medidas prestacionales se encuentra ejecutar prestaciones de un servicio público en un determinado sentido (medicinas o prestación del servicio de psicología¹²).

Además de estos tres tipos de decisiones, la Corte IDH puede adoptar diversos tipos de medidas que tienen un impacto inferior sobre la administración pública, como la exigencia de publicar en el diario oficial de la Imprenta Nacional, que es una entidad estatal¹³ o la celebración de una ceremonia de perdón con presencia de funcionarios públicos¹⁴.

a las fuerzas armadas (casos *Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*, *las Masacres de Ituango vs. Colombia*, *la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*) y exigir determinadas condiciones psicológicas a los funcionarios de centros de detención (caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*).

¹⁰ *Isaza Uribe y otros vs. Colombia*.

¹¹ *Casos Rodríguez Vera y Otros ("Desaparecidos del Palacio de Justicia") vs. Colombia y Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. También se podría incluir becas de estudio (casos *vereda La Esperanza vs. Colombia*, *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* y *Escué Zapata vs. Colombia*) o financiación del traslado de personas (caso *Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*).

¹² *Casos Villamizar Durán y otros vs. Colombia*, *Yarce y otras vs. Colombia*, *vereda La Esperanza vs. Colombia*, *Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia*, *19 comerciantes vs. Colombia*, *Isaza Uribe y otros vs. Colombia*, *Rodríguez Vera y Otros ("Desaparecidos del Palacio de Justicia") vs. Colombia*, *Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*, *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, *Escué Zapata vs. Colombia* y *masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*.

¹³ *Casos Villamizar Durán y otros vs. Colombia*, *caso Isaza Uribe y otros vs. Colombia*, *Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia*, *Vereda La Esperanza vs. Colombia*, *Rodríguez Vera y otros ("Desaparecidos del Palacio de Justicia") vs. Colombia* y *Escué Zapata vs. Colombia*.

¹⁴ *Casos Villamizar Durán y otros vs. Colombia*, *Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia*, *Rodríguez Vera y otros ("Desaparecidos del Palacio de Justicia") vs. Colombia* y *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. También está la *Construcción de un monumento (masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia y 19 Comerciantes vs. Colombia)*.

El ejercicio de competencias en un determinado sentido es el ejemplo más frecuente en los casos que ha fallado la Corte IDH contra Colombia. A través de estos fallos pide a la administración pública colombiana que adopte medidas concretas con la finalidad de ajustar su funcionamiento a la Convención¹⁵.

2.2.4. Reflexiones sobre las categorías de decisiones

Tres aspectos se deben resaltar sobre las categorías expuestas en este punto. Primero, la diferencia entre las formas que impactan en la administración pública. Segundo, la definición de la entidad estatal encargada de realizar las actividades establecidas en los fallos de la Corte IDH. Finalmente, la forma cómo se ejerce la competencia por parte de la administración pública.

En primer lugar, todas las decisiones de la Corte IDH que se han mencionado generan un impacto sobre la administración pública, sin embargo, no todas ellas lo producen de la misma forma. Algunas exigen una actuación en un determinado sentido que no resulta tan incisiva en su funcionamiento, como es el caso de la exigencia a funcionarios para asistir a una ceremonia de perdón por la violación de derechos humanos. Otras sí contienen una decisión que incide de manera directa en su funcionamiento como derogar un reglamento adoptado por el presidente de la república o revocar investigaciones en materia disciplinaria y exigir una determinada decisión en dicho procedimiento administrativo sancionatorio.

Este trabajo se enfocará en el segundo tipo de casos, ya que en estos el juez interamericano adopta una decisión que impacta de manera directa e importante sobre el funcionamiento de la administración pública, exigiendo una determinada actuación distinta a la que ésta ha entendido debe adoptarse de acuerdo con la discrecionalidad con que cuenta.

En segundo lugar, respecto de la entidad competente para llevar a cabo la actividad. La mayoría de las veces la Corte IDH no se refiere de manera concreta a la persona jurídica de la administración pública encargada de concretar la medida establecida. Por esto, corresponde a cada Estado identificar aquella que debe cumplir con lo establecido en la decisión.

Este caso tiene excepciones que serían, por ejemplo, la publicidad de las decisiones en la Imprenta Nacional o establecer una cátedra en la universidad pública de la región donde ocurrió la violación de derechos humanos. Estos ejemplos llevan a hacer un análisis general sobre la forma cómo la Corte IDH establece los destinatarios de sus fallos. En ocasiones será

¹⁵ Vale la pena señalar que las decisiones que se han expuesto en el caso colombiano se repiten en las condenas contra otros países. Entre otros, en el caso *Atala Riffo y Niñas vs Chile* de 24 de febrero de 2012 se pide tratamiento médico y psicológico gratuito a las víctimas, entrega de remedios, publicación en el Diario Oficial, publicación en la página web oficial, acto público por parte del Estado y capacitación a funcionarios en determinadas actividades. Un resumen de este fallo se encuentra en Siddharta Legale, Natália Soprani Valente Muniz y Pedro Amorim. "O caso atala riffo e crianças vs. Chile da Corte IDH (2012): a obrigação estatal de desarticular preconceitos", en *Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*. Consultado en [https://bitly.com/QZ81e].

evidente que el cumplimiento de determinadas medidas solo las podrá realizar un determinado órgano o persona jurídica, debido a que corresponde a una competencia previamente atribuida a ésta. Por ejemplo, la derogación o adopción de reglamentos deberá hacerlo el presidente de la república, de acuerdo con la competencia que le ha sido asignada por el artículo 189.11 de la Constitución Política.

En tercer lugar, respecto del ejercicio de la competencia. De lo visto en las categorías de medidas que se adoptan frente a la administración pública se pueden observar dos tipos: la descripción exacta de la actividad a realizar por parte de la entidad estatal o la definición de una finalidad a cumplir sin identificar exactamente el ejercicio de la competencia. Respecto del primer tipo se puede observar una incidencia importante sobre la competencia de las administraciones públicas, en tanto que identifica exactamente la forma cómo debe actuar, mientras que en el segundo tipo se permite que la entidad estatal pueda ejercer la discrecionalidad administrativa para el cumplimiento de la finalidad establecida y, por tanto, es menos incisiva que la primera.

Un ejemplo del primer caso es la beca de estudio. Aquí se identifica exactamente la actividad a realizar: la revocación de un reglamento o una decisión en un proceso disciplinario, por lo que la administración pública deberá realizar tal actividad con el fin de satisfacer la medida establecida en el fallo. Un ejemplo sobre el segundo caso sería la capacitación a las fuerzas armadas en derechos humanos, ya que indica que se deben cumplir con esta finalidad y no establece la forma exacta.

3. El rol del juez frente a la discrecionalidad de la administración pública

Para analizar la forma como las decisiones de la Corte IDH impactan sobre la administración pública resulta conveniente hacer una breve referencia a la teoría del control judicial de la actuación administrativa.

Este control judicial ha estado íntimamente ligado a la administración pública misma, ha sido uno de los pilares de su estudio. Más allá del tipo de tribunal que se escoja para controlar a la jurisdicción en un ordenamiento jurídico, sus decisiones tendrán una repercusión importante en la vida jurídica del país. La doctrina ha resaltado como para Colombia la existencia de una jurisdicción contenciosa administrativa “constituye una pieza fundamental en la construcción permanente del Estado de Derecho”¹⁶.

Ahora bien, el dilema importante ha sido cuál es el alcance de las decisiones del juez frente a la actuación de la administración pública. En particular, es objeto de amplio debate en la doctrina la forma como el juez debe controlar la discrecionalidad de la administración pública.

¹⁶ Andrés Fernando Ospina Garzón. *De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿un viaje de ida y vuelta?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 89.

Un análisis muy breve de este asunto en el derecho administrativo continental, del cual es hereditario el colombiano, se puede plantear de la siguiente manera. Un primer modelo que consiste en que el juez puede controlar el procedimiento seguido por la administración pública para tomar su decisión. Respecto del fondo de la decisión controlada “si existe un error manifiesto en la aplicación de las leyes correspondientes o una desviación de poder”, sobre el resto existe una prerrogativa de apreciación. Un segundo modelo consiste en que el juez hace un análisis sobre el fondo de la decisión para indicar si es correcta o no y en el caso de que se traten de decisiones administrativas discrecionales el control judicial es reducido¹⁷.

Respecto de este último caso, se ha señalado que hay una distinción considerable entre la norma de conducta utilizada por la administración para adoptar su decisión en el marco de discrecionalidad y otra norma de control judicial utilizada por el juez para revisar el contenido de la decisión adoptada. La decisión que puede tomar el juez entonces consiste en indicar si es correcta o incorrecta la decisión adoptada en el marco de la norma de conducta que debía seguir la administración pública, pero no podría indicar cuál debería ser la norma a seguir¹⁸. La jurisprudencia colombiana, tanto administrativa como constitucional, ha coincidido con esta premisa, no sin dejar espacio para la crítica¹⁹.

Incluso, se ha llegado a plantear en el Derecho público norteamericano que los jueces tienden a ser más deferentes frente a la actuación de la administración pública, que se ha dejado muy poco espacio para que se confronten las decisiones administrativas en el marco de la ley²⁰.

El planteamiento entonces se puede resumir como que el control judicial no puede llegar hasta el punto de suplantar a la administración en sus decisiones. La razón es que la administración pública en sus decisiones debe responder por un juicio de conveniencia u oportunidad, más allá de la legalidad, por lo que es particularmente importante que sea la misma administración la que tome la decisión (la función del juez es indicar entre las opciones que tiene cuál es errada).

¹⁷ Eberhard Schmidt-Assman. “La justicia administrativa desde la perspectiva de los postulados de la reforma del Derecho administrativo en Alemania”, en Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (eds.). *100 de la jurisdicción de lo contencioso administrativo “Justificación, retos y aporte al Derecho Administrativo” XIV Jornadas de Derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 30.

¹⁸ José María Rodríguez de Santiago. *Metodología del Derecho administrativo: reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 167-170. Parte de la doctrina afirma que el hecho de que el juez considere que una decisión administrativa fue incorrecta entra ya “reemplazar” a la administración pública en su libertad de decidir. Juan Carlos Cassagne. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, 213-215.

¹⁹ Al respecto véase Hugo Alberto Marín Hernández. *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 871-890.

²⁰ Adrian Vermuele. *Law’s Abnegation: From Law’s Empire to the Administrative State*, Cambridge, Harvard University Press, 2016, p. 127-130. Posición esta que ha sido cuestionada desde la perspectiva del Derecho administrativo continental en José María Rodríguez de Santiago, “Law’s abnegation”, en *Almacén de Derecho*, 2017, consultado en: [<https://almacendederecho.org/laws-abnegation/>].

De esta manera, se concretan los roles de ambos: la administración pública por su conocimiento técnico y dinámico de la realidad puede adoptar la decisión que encuentre más conveniente en su momento. Por su parte, el juez confrontará si la decisión adoptada por la administración pública se ajusta a derecho, pero no suplantará a la administración pública en la adopción de la decisión.

Ahora bien, no todos comparten esta premisa, en la doctrina se encuentran referencias sobre la posibilidad del juez administrativo de revisar todas las decisiones discrecionales y llegar hasta el punto de exigir una determinada conducta que la administración pública ha entendido incorrecta²¹. El juez contencioso administrativo en Colombia de manera excepcional ha aceptado casos en los que ha analizado una decisión discrecional adoptada por una administración pública y ha procedido a modificarla²².

4. La transformación del rol del juez de la administración pública en casos de violación de derechos humanos

En este apartado se confrontarán los dos anteriores. El debate que se quiere dejar planteado es que al interior del Derecho administrativo debe realizarse un análisis profundo en el que se compare el control judicial de la administración pública que se ha expuesto en la sección anterior y las decisiones del juez interamericano.

Para desarrollar esta idea, en primer lugar, (3.1.) se revisará la transformación del control judicial de la administración pública en el marco de los derechos humanos, en segundo lugar, (3.2) se analizarán las decisiones por parte del juez interamericano y, por último, (3.3.) se hará una referencia al control de convencionalidad por parte de la administración pública

²¹ “Hablar de discrecionalidad sin más es como no decir nada, mientras no se precise el quantum concreto de la misma, que nunca es igual porque depende del fin y de la densidad de regulación de cada norma, que siempre varían de una norma a otra. (...) la determinación del quantum y la constatación de su eventual desbordamiento en un caso dado por la autoridad que aplica la norma no es todavía control de la discrecionalidad o arbitrio ejercido por ésta, sino control de legalidad puro y simple”. Tomás-Ramón Fernández. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid, Iustel, 2005, p. 60-61.

²² El juez administrativo ha modificado la decisión discrecional adoptada por la administración pública en un caso de sancionatorio disciplinario y una acción popular donde se protegen los derechos colectivos, respectivamente son: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 26 de marzo de 2014, exp. 263-13 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 28 de marzo de 2014, rad. AP-2001-90479.

4.1. Transformación del control judicial de la administración pública en el marco de derechos humanos

Existe una verdadera transformación del control judicial de la administración pública cuando el objeto de control son los derechos humanos. Esto es lo que se advierte al confrontar la fórmula de control judicial de las decisiones que adopta la Corte IDH. Como se observa, el ejercicio que realiza esta última no es idéntico al que se espera que realice el juez administrativo de acuerdo con la tradición del Derecho administrativo continental que se ha expuesto previamente.

Por un lado, el juez administrativo interno por regla general al estudiar una decisión discrecional de la administración pública se limita a indicar si esta fue correcta o no, sin reemplazar a esta última para establecer la forma como debe actuar. Por su lado, las decisiones que adopta el juez interamericano van desde medidas que parecen buscar sanciones y no repetición de la vulneración de los derechos humanos por el Estado, por lo que llega a tomar decisiones que tienen una clara incidencia sobre la forma como se configura y actúa la administración pública.

En esa medida, se advierte que el ordenamiento jurídico interamericano protege un catálogo de principios y derechos que tienen tanta importancia que llevan a que su control judicial pueda indicar la forma exacta como debe actuar la administración pública.

Este proceso de transformación hace parte de una tendencia un poco más amplia que consiste en la expansión de las barreras del Derecho administrativo nacional hacia una “latinoamericanización” del derecho común de los derechos humanos que tiene un impacto en el primero²³. Este aspecto que se ha notado en Colombia principalmente con las novedades en las reparaciones en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, al ajustarse a lo señalado en la jurisprudencia interamericana²⁴, como se ha podido notar también abarca aspectos más amplios del Derecho administrativo.

²³ En Europa este proceso se puede ver como una “europeización” del derecho nacional, tanto por la Unión Europea como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este proceso ha planteado importantes retos para una verdadera integración de los distintos ordenamientos jurídicos frente al derecho nacional. Rainer Wahl. *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 154-159. Este proceso podría enmarcarse en una situación un poco más amplia que es la influencia de órganos internacionales en las decisiones administrativas, al respecto, véase Juan Carlos Covilla Martínez. “Identificación de la función administrativa internacional como criterio para definir la administración pública desde una perspectiva funcional”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 12, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 177.

²⁴ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. “La reparación de las víctimas del conflicto armado interno en la jurisprudencia colombiana y por violación de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: desde la perspectiva de los perjuicios inmateriales y de las medidas de reparación no pecuniarias”, en Germán Bula Escobar, Álvaro Namén Vargas y William Zambrano Cetina (eds.), *Derecho Procesal Administrativo, modernización del Estado y territorio. Estudios en homenaje a Augusto Hernández Becerra*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2014, p. 124 - 133.

Vale la pena hacer énfasis en una idea: el análisis que aquí se realiza no es una crítica al control judicial realizado por la Corte IDH por no ser conforme a la doctrina tradicional del derecho administrativo, sino que se trata un planteamiento necesario para estudiar esta nueva realidad. Lo cierto es que el trabajo realizado por el juez interamericano ha sido trascendental para el reconocimiento y realización de los derechos humanos en el espacio común en el que aplica la CIDH.

De hecho, uno de los aspectos que ha advertido la doctrina al analizar el funcionamiento del Sistema Interamericano es precisamente la necesidad e importancia de la Corte IDH por la poca credibilidad que se tiene en determinados jueces internos cuando se trata del reconocimiento y reparación de derechos humanos²⁵.

Por eso, la razón de este trabajo busca dejar planteado el debate de las transformaciones que en este asunto tanto provecho ha dejado en la realidad interamericana y proponer la necesidad de un debate sobre su configuración, presupuestos y límites.

4.2. Las decisiones por parte del juez interamericano

En el presente capítulo se realizará un análisis del contenido de las decisiones adoptadas por la Corte IDH, desde dos perspectivas: en primer lugar, respecto al tipo de decisión adoptada y, en segundo lugar, la consecuencia de estas decisiones en la administración pública.

La primera reflexión se refiere al tipo de decisión que adopta el juez interamericano. Estas decisiones que inciden en la administración pública no tienen un origen en la Convención, sino en el criterio propio del juez que busca la medida que mejor se adapte a lo establecido en la protección de los derechos humanos.

Esta idea plantea un problema: la diferencia de criterios para la protección de los derechos humanos entre el juez interamericano y la administración pública. Por un lado, la administración pública puede considerar que la protección de un derecho humano se logra con una determinada medida, el ejercicio de una competencia en un sentido o la construcción de un monumento, incluso siguiendo un precedente de un fallo interamericano. Sin embargo, la Corte IDH al analizar la vulneración del derecho humano puede considerar que se requiere una medida diferente o más compleja como, por ejemplo, la grabación y difusión de un documental para buscar la no repetición de la conducta.

La medida del juez interamericano incide de manera directa en el funcionamiento de la administración pública, incluso, si se quiere, reemplazándola, al indicar cuál es la mejor manera para reparar y evitar la vulneración del derecho humano. Esto puede plantear una

²⁵ Armin von Bogdandy. "Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", en *Revista Derecho del Estado*, No. 34, 2015, p. 23-25.

tensión entre el Derecho interno (y la discrecionalidad de la entidad frente a la toma de decisiones por parte de la administración pública) y el ordenamiento jurídico interamericano.

Una segunda reflexión que se puede plantear sobre las decisiones de la Corte IDH que impactan en la administración pública es el contenido de la decisión y su consecuencia. Las decisiones que son objeto de este estudio corresponden a medidas de reparación que establece el juez interamericano respecto de la víctima y que tienen como destinatario a la administración pública. Pero el estudio que se ha hecho previamente respecto del control judicial corresponde al análisis del juez respecto de una decisión administrativa discrecional.

Pues bien, una parte de las decisiones que se han expuesto previamente pretenden una reparación en sí misma y, en consecuencia, ordenan a la administración pública a que realice una determinada actividad como, por ejemplo, dar seguridad en el retorno a quienes han sido desplazados de su lugar de vivienda. Pero otro tipo de decisiones tienen la misma lógica expuesta en el control judicial de la administración pública en el orden interno, tal como investigar un determinado hecho para imponer una sanción.

En este último caso se advierte que el análisis que realiza el juez interamericano es idéntico al que realizaría el juez interno. Se trata de revisar si la administración pública, en ejercicio de su discrecionalidad, actuó de la manera correcta: la decisión de investigar un hecho para imponer una sanción es discrecional²⁶. En este caso, a diferencia del juez interno, el juez interamericano entra a analizar la decisión para indicar si es correcta o no y en caso de que encuentre que no lo es, tiene la facultad de reemplazar la decisión, por ejemplo, indicando que debe investigar ese determinado hecho.

4.3. El control de convencionalidad por parte de la administración pública

Finalmente, las decisiones de la Corte IDH tienen una repercusión importante sobre el funcionamiento mismo de la administración pública, más allá de los fallos que resuelven un determinado caso. La doctrina ha dicho que “Las decisiones del Tribunal tienen un impacto más allá de los límites del caso concreto. Es decir, no sólo generando al Estado, encontrado internacionalmente responsable, medidas de garantía de no repetición, sino a través del control de convencionalidad: la jurisprudencia de la Corte crea estándares vinculantes que

²⁶ Jorge Iván Rincón Córdoba, “Capítulo III procedimiento administrativo sancionatorio”, en José Luis Benavides (ed.), *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) Comentado y Concordado*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 183 y Juan Carlos Covilla Martínez, “La preferencia de medidas administrativas alternativas frente a la sanción administrativa”, en Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba, *El poder sancionador de la Administración pública: discusión, expansión y construcción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 1053 – 1054.

deben ser tomados en cuenta por los órganos internos de todos los Estados Miembros de la Convención Americana”²⁷.

A través de la convencionalidad se están fijando parámetros que deben ser seguidos por las administraciones públicas y transforman, de cierta manera, la forma como usualmente se analiza el precedente judicial en la administración pública.

Si, por ejemplo, existe un fallo de la Corte Constitucional que establece una interpretación que se encuentra enmarcada en una decisión que debe adoptar la administración pública se ha indicado que esta última debe seguir lo establecido en la jurisprudencia, aunque puede “apartarse de manera expresa y razonada de los precedentes”²⁸. Otro aspecto que se habrá de tener en cuenta es el precedente judicial que se debe seguir. Se plantea el caso de la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado que será relevante frente a casos que compartan características esenciales²⁹.

Lo cierto es que estas breves referencias a lo que sucede frente la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa en Colombia no se aplican para la jurisprudencia interamericana.

Las decisiones adoptadas por el juez interamericano afectan tanto la dimensión objetiva como la dimensión subjetiva de la discrecionalidad de la administración respecto de los derechos humanos. Es decir, afectan tanto competencias objetivas de la administración para proteger un derecho (como establecer un plazo razonable en un procedimiento administrativo), como en la concesión misma de una prestación relacionada con un derecho humano (en materia de salud, por ejemplo)³⁰.

Bajo la teoría del control de convencionalidad la administración pública se encuentra obligada a seguir el precedente judicial establecido por el juez interamericano en un caso similar, incluyendo las interpretaciones que haya dado respecto a una norma de la Convención e incluso la forma como ha reparado.

²⁷ Humberto Sierra Porto, “Experiencias positivas del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en Germán Bula Escobar, Álvaro Namén Vargas y William Zambrano Cetina (ed.), *Derecho Procesal Administrativo, modernización del Estado y territorio. Estudios en homenaje a Augusto Hernández Becerra*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2014, p. 497.

²⁸ Héctor Santaella Quintero. “La sujeción de la administración a los precedentes jurisprudenciales”, en José Luis Benavides (comp.). *Contribuciones para el sistema d precedentes jurisprudencial y administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 159. Esta posición no ha sido pacífica en la doctrina, para profundizar este debate véase las p. 147-157 del mismo artículo.

²⁹ Carolina Deik Acostamadiedo. *El precedente contencioso administrativo: teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 436-445.

³⁰ Sobre el ámbito objetivo y subjetivo de las potestades discrecionales de la administración pública Daniel Wunder Hachem. “A discricionariedade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais”, En *Direitos Fundamentais & Justiça*, Año 10, N. 35, p. 319-322.

Tal como afirma la doctrina, con la convencionalidad la administración pública amplía el principio de legalidad y se produce una convergencia del principio de adecuación normativa, del efecto útil y del principio *pro homine*³¹. Si bien, tal como ha dicho la Corte IDH, “la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad”³², lo cierto es que se debe seguir obligatoriamente los parámetros establecidos por su jurisprudencia por todas las entidades estatales y sería difícil encontrar un caso en el que una administración pública frente a un caso que tiene presupuestos similares a los resueltos por la Corte IDH se aparte de dicho precedente, aspecto que no parece estar completamente ajustado a lo que previamente se había señalado en el caso del derecho interno.

Este análisis atado a lo que se había expuesto previamente presenta nuevos aspectos. La administración pública que adopta una decisión deberá seguir lo establecido por la jurisprudencia interamericana y en cada caso concreto llenar la discrecionalidad para adoptar la decisión con base en dichos fundamentos.

Además de lo anterior, aunque la administración pública siga lo establecido en la legislación nacional y el juez interno respecto de un asunto concreto, deberá considerar que, en caso de que la jurisprudencia interamericana sea diferente, tendrá que seguir lo establecido por esta última.

Aparece la jurisprudencia interamericana como un criterio extra para la administración pública en la toma de sus decisiones en materia de violación de derechos humanos. En algunas ocasiones terminará por cerrar esa supuesta discrecionalidad y convertirá la decisión en reglada a partir del precedente interamericano.

5. Conclusión

El juez interamericano ha venido adoptando decisiones que impactan en el funcionamiento de la administración pública en reiteradas ocasiones. Más allá de lo efectivas y convenientes que han sido estos fallos, lo cierto es que el mecanismo utilizado exige de la administración pública una determinada actuación, aspecto que es poco frecuente en las decisiones que adopta el juez administrativo.

En este artículo se procuró plantear el debate sobre este tipo de decisiones y las fórmulas que se han adoptado por la Corte IDH para exigir un determinado comportamiento

³¹ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. “Convencionalidad y Derecho administrativo: interacciones sítmicas en el Estado Social de Derecho que proca la eficacia de los derechos humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de gentes”, en Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (eds.). *La constitucionalización del Derecho administrativo: XV Jornadas internacionales de Derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 623-625.

³² Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname de 30 de enero de 2014.

a la administración pública. A partir de allí se ha comparado con el juez administrativo interno y se ha logrado observar como el tipo de decisiones son distintas.

Esta visión de Derecho administrativo genera sobre el sistema interamericano de derechos humanos la necesidad de abarcar un nuevo ámbito con la intención de discutir doctrinas tradicionales de esta disciplina y, por supuesto, del sistema mismo.

Para finalizar, uno de los aspectos que se puede concluir de la observación de esta situación que se ha expuesto es la configuración de un Derecho administrativo propia para los derechos humanos que cuenta con unas características particulares a partir de un ordenamiento jurídico, un control judicial especial e incluso un grupo de instituciones del orden nacional que tienen la obligación de complementar el sistema americano³³.

Referencias

CASSAGNE, Juan Carlos. **El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa**, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.

COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos, “La preferencia de medidas administrativas alternativas frente a la sanción administrativa”, en Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba, **El poder sancionador de la Administración pública: discusión, expansión y construcción**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos “Identificación de la función administrativa internacional como criterio para definir la administración pública desde una perspectiva funcional”, en **Revista Digital de Derecho Administrativo**, No. 12, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina. **El precedente contencioso administrativo: teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial**, Madrid, Iustel, 2005.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Carlos María Pelayo Möller. “Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”, en Christian Steiner y Patricia Uribe (coord.), **Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada**, Bogotá - México, Fundación Konrad Adenauer – Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. “A discricionariade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais”, en **Direitos Fundamentais & Justiça**, Año 10, N. 35.

LEGALE, Siddharta, Natália Soprani Valente Muniz y Pedro Amorim. “O caso atala riffo e crianças vs. Chile da corte IDH (2012): a obrigação estatal de desarticular preconceitos”, en **Núcleo Interamericano**

³³ Respecto a las instituciones nacionales encargadas de complementar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos véase Jorge Ernesto Roa Roa. “Las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos y el círculo virtuoso de ampliación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Comunidad Jurídica del Conocimiento*, 31 de mayo de 2019. Consultado en [<http://www.conocimientojuridico.gov.co/10430-2/>].

de **Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ**. Consultado en [<https://bityli.com/QZ81e>].

MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. **Discrecionalidad administrativa**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007

OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. **De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿un viaje de ida y vuelta?**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván, “Capítulo III procedimiento administrativo sancionatorio”, en José Luis Benavides (ed.), **Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) Comentado y Concordado**, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016

ROA ROA, Jorge Ernesto. “Las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos y el círculo virtuoso de ampliación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en **Comunidad Jurídica del Conocimiento**, 31 de mayo de 2019. Consultado en [<https://bityli.com/tA6X3>].

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. **Metodología del Derecho administrativo: reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa**, Madrid, Marcial Pons, 2016.

SANTAELLA QUINTERO, Héctor. “La sujeción de la administración a los precedentes jurisprudenciales”, en José Luis Benavides (comp.). **Contribuciones para el sistema d precedentes jurisprudencial y administrativo**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “La reparación de las víctimas del conflicto armado interno en la jurisprudencia colombiana y por violación de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: desde la perspectiva de los perjuicios inmateriales y de las medidas de reparación no pecuniarias”, en Germán Bula Escobar, Álvaro Namén Vargas y William Zambrano Cetina (eds.), **Derecho Procesal Administrativo, modernización del Estado y territorio. Estudios en homenaje a Augusto Hernández Becerra**, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2014.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando “Convencionalidad y Derecho administrativo: interacciones sistémicas en el Estado Social de Derecho que procrea la eficacia de los derechos humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de gentes”, en Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (eds.). **La constitucionalización del Derecho administrativo: XV Jornadas internacionales de Derecho administrativo**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. “La justicia administrativa desde la perspectiva de los postulados de la reforma del Derecho administrativo en Alemania”, en Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (eds.). **100 de la jurisdicción de lo contencioso administrativo “Justificación, retos y aporte al Derecho Administrativo” XIV Jornadas de Derecho administrativo**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

SIERRA PORTO, Humberto, “Experiencias positivas del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en Germán Bula Escobar, Álvaro Namén Vargas y William Zambrano Cetina (ed.), **Derecho Procesal Administrativo, modernización del Estado y territorio. Estudios en homenaje a Augusto Hernández Becerra**, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2014

UMAÑA HERNÁNDEZ, Camilo Eduardo, "Reparación interamericana en los casos colombianos", en Paola Andrea Acosta Alvarado y Alexandra Castro Franco (eds.), **Jurisprudencia Interamericana en los casos contra Colombia**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

VENTURA ROBLES, Manuel. **Corte Interamericana de Derechos Humanos: Memorias de su creación y actuación**, Medellín, Ediciones UNAUULA, 2017.

VERMUELE, Adrian. **Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State**, Cambridge, Harvard University Press, 2016.

VON BOGDANDY, Armin. "*Ius Constituionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", en **Revista Derecho del Estado**, No. 34, 2015.

WAHL, Rainer. **Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán**, Madrid, Marcial Pons, 2013.

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA ARGENTINA

LUCÍA BELLOCCHIO*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O controle de convencionalidade; 2.1. História do termo; 3. A jurisprudência argentina; 4. Um stop no caso Fontevecchia; 4.1. Argumentos do caso Fontevecchia; 5. Breves considerações finais; Referências.

1. Introdução

Com a reforma constitucional de 1994, ingressa no ordenamento jurídico argentino o Direito Internacional dos Direitos Humanos, consagrando direitos a favor das pessoas e também estabelecendo limites adicionais aos já previstos na Constituição de 1853.

Nessa reforma se reconheceu hierarquia constitucional a certos tratados internacionais, entre eles a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o que implicou reconhecer constitucionalmente a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, em consequência, o caráter vinculante das sentenças condenatórias ao Estado diante de violações a direitos humanos conforme estabelece o art. 68.1 do tratado. Em concordância, ao longo do tempo a jurisprudência da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina foi incorporando esse compromisso com as sentenças da Corte IDH.

De forma surpreendente, a Corte Suprema muda sua jurisprudência no ano 2007 no caso Fontevecchia y D' Amico vs. Argentina (doravante, caso "Fontevecchia"). Desse modo, fica em evidência que, embora tenham passado mais de 20 anos desde a reforma constitucional de 1994, ainda há divergências de interpretação sobre as relações entre o constitucionalismo e o direito internacional dos direitos humanos.

Neste artigo faremos uma abordagem do conceito de controle de convencionalidade, seus elementos e características, conforme foi definida pela Corte Interamericana e as cortes supremas, para depois analisar, em particular, o caso da jurisprudência argentina.

* Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica da Argentina – UCA (Buenos Aires, Argentina). Secretária judicial do Ministério Público Fiscal da Cidade Autônoma de Buenos Aires. E-mail: <lucia-bellocchio@gmail.com>.

2. O controle de convencionalidade

O controle de convencionalidade é entendido como uma verificação de compatibilidade que fazem os juízes em relação às normas de direito interno com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante CADH), tendo em consideração as cláusulas da Convenção e as interpretações que a Corte IDH já tem feito delas em suas decisões e parece consultivos.

Pelo controle de convencionalidade procura-se estabelecer se a norma que está sendo revisada está de acordo com as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, isto é, se é convencional ou não. No caso de ser considerada “não convencional”, o efeito que isso traz é a sua nulidade e, portanto, ela não pode ser aplicada, mesmo que seja norma da própria Constituição Nacional, como aconteceu na conhecida decisão “*A Última Tentação de Cristo*”¹.

Dessa maneira, o controle de convencionalidade tem um papel duplo:

1. obriga aos juízes a não aplicarem as normas internas (incluindo as constitucionais) que sejam contrárias à Convenção e à interpretação que tinha realizado a Corte sobre ela.
2. Também os obriga a interpretar o Direito.

Podemos dizer então que o fato de uma norma não ser convencional produz um dever judicial específico de não aplicação dela. Aparentemente, o “controle de convencionalidade” é assimilável em seus efeitos ao resultado do controle da constitucionalidade restrito ao caso concreto, com efeitos inter-partes.

É assim que podemos destacar três características importantes do controle difuso de convencionalidade:

- i. *Juízes interamericanos*. Os juízes dos Estados Partes tornam-se os guardiões da convencionalidade das leis fazendo um teste de compatibilidade das normas de Direito interno com a Convenção Americana. Por isso, podemos chamá-los de juízes interamericanos.
- ii. *Caráter difuso*. Este controle é confiado a todos os juízes, independentemente da matéria, hierarquia ou juízes ordinários ou constitucionais.
- iii. *Ex officio*. É um controle realizado pelos juízes independentemente da solicitação da parte. Nessa lógica, a obrigação dos juízes é harmonizar as regras internas com as convencionais, através de uma interpretação convencional da norma nacional.

¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Sentença de 5 de fevereiro de 2001.

2.1. História do termo

Recapitulando a história do termo, vemos que o termo “controle de convencionalidade” foi mencionado pela primeira vez no voto do Juíz Sergio García Ramírez, no caso *Myrna Mack Chang*², no ano 2003, mas a Corte já vinha fazendo uma comparação entre os dois modelos (o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade) destacando a primazia da norma supranacional. O que ocorreu é que a partir desse caso a Corte começou a utilizar expressamente o termo “controle de convencionalidade”.

Do mesmo modo, quando analisamos a evolução na jurisprudência, vemos que o controle de convencionalidade foi introduzido na jurisprudência da Corte Interamericana no caso *Caso Almonacid Arellano*³ no ano 2006. Nessa primeira abordagem, identificam-se as regras básicas que identificam o procedimento de verificação da compatibilidade entre o Direito interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Posteriormente, no caso *Trabajadores Cesados del Congreso*⁴ do ano 2006, o Tribunal atribui às *autoridades judiciales* o encargo de garantir o efeito útil dos tratados internacionais, estabelecendo uma ligação irrestrita entre o controle da constitucionalidade e o controle da convencionalidade.

Alguns anos depois, o Tribunal ampliou o conceito de controle de convencionalidade no *Caso Boyce*⁵, no qual estabeleceu que o objetivo do controle de convencionalidade é determinar se a norma que está sendo processada é “convencional” ou não. Se a norma é contrária, isto é, “não convencional”, o dever judicial é de não aplicá-la.

No caso *Cabrera García y Montiel Flores*⁶ (2010) a Corte estabeleceu que a obrigação de exercer o controle da convencionalidade corresponde aos *juízes e órganos relacionados com a administração da justiça em todos os níveis*.

Após, no caso *Gelman*⁷ (2011), há um avanço que impõe um controle além dos juízes, afirmando que «quando um Estado faz parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, *todos os seus órganos*, inclusive seus juízes, estão sujeitos a ele”.

² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentença de 25 de novembro de 2003.

³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006

⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentença de 24 de novembro de 2006.

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Sentença de 20 de novembro de 2007.

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentença de 26 de novembro de 2010.

⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011.

Tempo depois, em 2012, no caso *Diario Militar*,⁸ o parâmetro do controle de convencionalidade é estendido a *outros tratados de direitos humanos* e desde 2014, com o Parecer Consultivo OC-21/14,⁹ essa extensão inclui os pareceres consultivos da própria Corte.

Resumidamente, podemos dizer que desde o caso *Almonacid Arellano*,¹⁰ a Corte Interamericana vem especificando o conteúdo e o alcance do conceito de controle de convencionalidade, para assim chegar a um conceito complexo que inclui as seguintes características:

- i. Consiste em verificar a compatibilidade das normas e outras práticas internas com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a jurisprudência da Corte Interamericana e os demais tratados interamericanos de que o Estado é parte;
- ii. É uma obrigação que corresponde a todas as autoridades públicas (não só juízes) no âmbito das suas competências;
- iii. Para fins de determinação da compatibilidade com a CADH, não apenas o tratado deve ser levado em consideração, mas também a jurisprudência da Corte Interamericana e dos demais tratados de que o Estado é parte;
- iv. É um controle que deve ser executado *ex officio* por todas as autoridades públicas;
- v. Sua execução pode envolver a supressão de normas contrárias à CADH ou a sua interpretação de acordo com a CADH, dependendo dos poderes de cada autoridade pública.

3. A jurisprudência argentina

A Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina (doravante CSJN), assim como seus tribunais inferiores, realiza esse controle de convencionalidade, inclusive desde antes da última reforma constitucional, ou seja, podemos dizer que em geral existiu uma expressiva recepção do Direito Internacional dos Direitos Humanos na jurisprudência da Argentina. Também podemos dizer que a jurisprudência da Corte IDH tem tido uma direta e significativa influência na transformação do Direito interno através de célebres sentenças da CSJN, como

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Gudiel Álvarez ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Sentença de 20 de novembro de 2012.

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014*, solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006.

“*Kimel*”¹¹, que provocou no ano 2010 a reforma do Código Penal, no capítulo que trata de injúrias e calúnias; “*Badaro*”¹² (*leading case* em matéria de aposentadorias), na qual se cita o caso “*Cinco Pensionistas vs. Perú*”; “*Mazzeo*”¹³ (em matéria de indultos), na qual se cita o caso “*Almonacid Arellano*” y “*Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*”, entre outras. Vejamos:

No ano 1992, no caso “*Ekmekdjian c/Sofovich*”,¹⁴ a CSJN disse “que a interpretação da CADH deve, também, guiar-se pela jurisprudência da Corte IDH”. Ou seja, aqui a Corte reconhece a hierarquia suprallegal dos tratados em relação à lei nacional.

Com a Reforma Constitucional do ano 1994, a Constituição Nacional passa a incluir os tratados internacionais de direitos humanos como tratados com a mesma hierarquia da própria Constituição, formando o que Bidart Campos e outros autores chamam de “*bloco constitucional*”¹⁵.

Em 1998, no caso “*Acosta*”,¹⁶ a CSJN volta atrás no processo de reconhecimento da natureza vinculante das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando argumenta que tal jurisprudência não pode afetar a coisa julgada em nível interno.

No ano de 2004, uma nova composição da Corte começou um período de reconhecimento da jurisprudência internacional com o caso “*Espósito*”,¹⁷ dizendo que a jurisprudência da Corte IDH é um guia essencial para interpretar todos os deveres e obrigações decorrentes da CADH.

No ano de 2007, no caso “*Mazzeo*”,¹⁸ a CSJN confirmou a doutrina do caso *Almonacid* ao afirmar que o Judiciário deve exercer uma espécie de controle de convencionalidade, tendo em conta não só a CADH, mas também a interpretação que a própria Corte IDH realizou.

¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentença de 2 de maio de 2008.

¹² ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Badaro, Adolfo Valentin c/ ANSeS s/ reajustes varios*. Sentença de 26 de Novembro de 2007. B.675.XLI.

¹³ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*. Sentença de 13 de julho de 2007. M2333XLII.

¹⁴ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros*. Fallos 315: 1492.

¹⁵ BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. T. II-A. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2000. p. 371.

¹⁶ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus*. Sentença de 22 de Dezembro de 1998. T. 321, P. 0.

¹⁷ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*. Sentença de 23 de dezembro de 2004.

¹⁸ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*. Sentença de 13 de julho de 2007.

Em 2012, no caso “*Rodríguez Pereyra*”¹⁹, a CSJN afirma que “os tribunais dos países que ratificaram a CADH são obrigados a exercer um controle *ex officio* de convencionalidade”, invalidando as regras internas que se opõem a dito tratado.

Assim, nesta análise da evolução da jurisprudência chegamos ao ano de 2017, quando a Corte Suprema decide o caso *Fontevéchia*, decisão que implica um antes e um depois na recepção da jurisprudência interamericana. Dada a importância deste momento, vale a pena analisar os argumentos pelos quais a Corte chega a essa decisão e as repercussões que ela tem.

4. Um stop no caso *Fontevéchia*

No caso “*Fontevéchia*”,²⁰ a maioria da Corte Suprema de Justiça da Nação mudou sua posição quanto à obrigatoriedade das sentenças da Corte Interamericana que condenam o Estado argentino. Mas para autores como Abramovich, o precedente também pode ter consequências no valor constitucional dos tratados de direitos humanos, o que gerou manifestações dos juristas argentinos mais destacados na matéria.²¹

Os precedentes a essa polêmica decisão são *Esposito*²² e *Derecho*²³. No caso “*Esposito*”, que correspondia à execução da sentença da Corte Interamericana no caso “*Bulacio*”,²⁴ a Corte havia estabelecido que a margem de decisão dos tribunais argentinos era limitada pela integração do país em um sistema de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual o obrigava a cumprir as decisões da Corte Interamericana, que eram obrigatórias e vinculantes, e que essa obrigação existia mesmo se não se concordasse com a decisão e mesmo se houvesse uma contradição com a própria ordem constitucional.

¹⁹ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Rodríguez Pereyra, Jorge Luis otra el Ejército Argentino s/ daños y perjuicios*. Sentença de 27 de novembro de 2012.

²⁰ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevéchia y D’Amico vs. Argentina”* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²¹ Ver ABRAMOVICH, Víctor. Comentarios al caso *Fontevéchia*: La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino. *Revista Pensar en Derecho*, Buenos Aires, año 6, n. 10, p. 9-25, 2017; ALEGRE, Marcelo. Monismo en serio: “*Fontevéchia*” y el argumento democrático. *Revista Pensar en Derecho*, Buenos Aires, año 6, n. 10, p. 27-35, 2017; FURFARO, Lautaro. Las ataduras de Ulises se aflojan: el pronunciamiento de la CSJN frente al caso “*Fontevéchia*” de la Corte IDH. *Revista Pensar en Derecho*, Buenos Aires, año 6, n. 10, p. 37-79, 2017. _

²² ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*. Sentença de 23 de dezembro de 2004.

²³ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal –causa n° 24.079*.

²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Sentença de 18 de setembro de 2003.

No caso “*Derecho*”, que correspondia à execução da sentença “*Bueno Alves*”,²⁵ o Tribunal também manteve essa interpretação, e com base nesses fundamentos deixou sem efeito uma sentença que havia declarado a prescrição do caso que investigava um policial por tortura.

Vale lembrar que a jurisprudência assentada pela Corte nesses casos era baseada:

- i. Por um lado, no reconhecimento de que as sentenças interamericanas eram obrigatórias para o Estado argentino (Artigo 68.1, CADH)²⁶, razão pela qual a Corte argentina, em princípio, tinha que subordinar o conteúdo de suas decisões àquelas da Corte IDH.
- ii. Por outro lado, a Corte até chegou a afirmar no caso *Derecho* que para cumprir rigorosamente a ordem da Corte Interamericana conviria abrir espaço para a anulação de sentença, fazer com que a decisão da apelação fosse anulada e devolver o processo à instância anterior, para que fossem cumpridas as diretrizes estabelecidas na decisão interamericana.

Na decisão de 17 de fevereiro, uma nova composição da Corte disse que as sentenças da Corte IDH são “*em principio*” de cumprimento obrigatório.

Em seguida, analisaremos os argumentos do tribunal que conduziram a essa conclusão.

4.1. Argumentos do caso Fontevicchia

Pela importância do tema, vale a pena aprofundar a análise dessa decisão. Para simplificar sua compreensão, dividiremos a fundamentação utilizada pelo tribunal nas seguintes premissas:

1. As sentenças da Corte IDH são obrigatórias pelo art. 68.1 CADH só se forem prolatadas dentro do marco de suas competências revisionais;
2. O entendimento da Corte IDH sobre se algo está ou não dentro de suas competências revisionais não é autoritário;
3. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (doravante SIDH) é subsidiário e a Corte IDH não é uma quarta instância que possa revogar sentenças de tribunais supremos;
4. O art. 63 da CADH não prevê a possibilidade de que a Corte IDH revogue sentenças de tribunais supremos como competência revisional;

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Sentença de 11 de maio de 2007.

²⁶ CADH, Artículo 68. 1. *Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.*

5. Em “Fontev ecchia”, a Corte IDH prolatou essa sentença fora do marco de suas competências revisionais ao determinar que fosse anulada uma sentença da CSJN;
6. Os princípios da coisa julgada e da supremacia da CSJN formam parte do art. 27 da Constituição Argentina e o caso “Fontev ecchia” viola esses princípios;
7. Assim, a Corte chega à *conclusão* de que a parte resolutive da sentença “Fontev ecchia”, que ordena a anulação da sentença da CSJN, *não é obrigatória*.

Veremos que o problema está nas premissas 2, 3, 4, 5 e 6 e, por consequência, na conclusão. No entanto, a premissa 1 é a única que, no meu entendimento, está correta.

A premissa 1 é correta. Todo tribunal se apoia numa norma de competência que delimita o alcance de sua jurisdição e a possibilidade de estabelecer reparações. O problema está nos pressupostos nos quais os intérpretes descrevem o alcance da competência revisional. Aqui o problema exige discutir se a decisão sobre o alcance da competência revisional que a Corte faz deve ser obedecida ou não (premissa 2). Essa circunstância tem uma complexidade adicional quando um tribunal internacional como a Corte IDH carece de meios compulsórios para executar sua decisão.

Nesta parte do problema é que a premissa 2 se torna o principal obstáculo: *são autoritárias as decisões da Corte IDH sobre sua própria competência revisional?* A CSJN considera que não. Segundo a Corte argentina, o juízo que a Corte IDH faz sobre sua própria competência revisional não é obrigatório para os tribunais nacionais.

Como crítica, podemos dizer que o argumento não seria válido dado que desde a óptica do Direito Internacional, a obrigação de cumprir com as decisões de tribunais internacionais deriva de um princípio básico do Direito sobre a responsabilidade internacional do Estado, que exige que os Estados acatem suas obrigações internacionais (*pacta sunt servanda*).

Além disso, não se pode olvidar que a Argentina é parte da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, a qual, no artigo 27,²⁷ estabelece que nenhum Estado pode invocar as disposições de seu Direito interno para justificar o descumprimento de um tratado.

O juízo da Corte IDH acerca do alcance de suas competências deve prevalecer no ordenamento jurídico argentino, pelo fato de que a própria Constituição argentina instituiu uma cláusula estabelecendo que a CADH tem hierarquia constitucional.

²⁷ Convenção de Viena, Artigo 27. *Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.*

Alem disso, o SIDH não prevê a possibilidade de que os órgãos internos analisem as competências revisionais do tribunal interamericano quando são eles os condenados pela violação de um direito humano.

Ou seja, a Corte argentina está se outorgando a faculdade de decidir se as sentenças da Corte IDH estão enquadradas em sua competência revisional, algo que não está previsto no ordenamento constitucional e que contradiz a literalidade de normas constitucionais como os artigos 67 e 68.1 da CADH (a qual goza de hierarquia constitucional) que reconhecem a autoridade das decisões do tribunal interamericano acerca de suas competências. Por isso, a premissa 2 utilizada pela Corte Suprema é equivocada. É muito questionável que a CSJN se constitua no árbitro final que decidirá se as sentenças da Corte IDH estão dentro de sua competência revisional, inclusive quando esta disponha que a violação ao direito humano teve como agente protagonista a própria CJSN.

A crítica à premissa 3 é fácil de apontar: a subsidiariedade do SIDH não é um argumento pertinente para fundamentar que o juízo da Corte IDH sobre sua própria competência revisional não é vinculante e, assim, é possível desobedecer suas decisões. Não é necessário dizer muito mais sobre esta questão.

As premissas 4 e 5 têm uma íntima relação que permite sejam analisadas em conjunto. Do mesmo modo que a Corte IDH pode impor ao Poder Legislativo a modificação de uma lei e ao Poder Executivo a revisão de um ato administrativo, também pode ordenar à Cortes Constitucionais que revisem ou anulem uma sentença que esteja em conformidade com o ordenamento jurídico interno do Estado, caso haja uma violação a um direito da Convenção. Isso aconteceu, por exemplo, nos casos *Tristán Donoso vs. Panamá y Herrera Ulloa vs. Costa Rica*.

Em relação à premissa 6, o alegado problema da coisa julgada não tem base frente a casos que chegam a sistemas internacionais de proteção de direitos humanos. Quando um Estado aceita a supervisão de um mecanismo internacional como a Corte IDH, o alcance da doutrina da coisa julgada, como afirma Mónica Pinto,²⁸ tem uma leitura diferente. Nesses casos, temos que assumir que a coisa julgada tem 2 níveis:

- i. O primeiro se produz num nível doméstico, quando não existe a possibilidade de interpor nenhum recurso interno frente a uma sentença.
- ii. O segundo nível se manifesta quando uma sentença é questionada a nível internacional. Neste caso, a decisão transitará em julgado quando for confirmada pelos mecanismos internacionais ou quando estiver concluído o procedimento em sede internacional.

²⁸ PINTO, Mónica. El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en material de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. In: ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian (compiladores). *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 1997. p. 119 e ss.

5. Breves considerações finais

A briga entre a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina e a Corte Interamericana de Direitos Humanos por quem tem última palavra é claramente um dilema pela supremacia judicial.

Na análise da sentença “Fontevicchia”, é importante dizer que um dos juízes da CSJN, o Dr. Rosenkrantz, que ingressa na Corte no ano 2016, já sustentava uma visão sobre a recepção do Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Constituição argentina como um empréstimo do Direito Internacional que tomaram os constituintes de 1994,²⁹ “com um propósito meramente expressivo ou aspiracional”.³⁰

O problema da palavra final sobre a interpretação da CADH integrada na Constituição Argentina admite três leituras:

- i. Uma delas entende que é a CSJN quem tem a última palavra, tendo em consideração os princípios do Direito Público argentino.
- ii. Outro enfoque, com arrimo no artigo 68.1 da CADH, entende que a Corte IDH tem a palavra final quando um caso é submetido a sua jurisdição por uma violação presumida da Convenção por parte do Estado argentino.
- iii. Um terceiro enfoque exige a necessidade de um maior diálogo entre ambos os tribunais para procurar soluções mais legítimas nos casos. Considero esta última a mais acertada.

No meu entendimento, o exemplo dado pela CSJN para o resto do sistema judicial argentino e as instâncias inferiores ao interpretar que as sentenças da Corte IDH não são obrigatórias não é uma boa construção.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor. Comentarios al caso Fontevicchia: La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino. **Revista Pensar en Derecho**, Buenos Aires, año 6, n. 10, p. 9-25, 2017.

ALEGRE, Marcelo. Monismo en serio: “Fontevicchia” y el argumento democrático. **Revista Pensar en Derecho**, Buenos Aires, año 6, n. 10, p. 27-35, 2017.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus**. Sentença de 22 de Dezembro de 1998. T. 321, P. 0.

²⁹ ROSENKRANTZ, Carlos F. Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 1, n. 2, p. 269-295, 2003.

³⁰ FURFARO, Lautaro. Las ataduras de Ulises se aflojan: el pronunciamiento de la CSJN frente al caso “Fontevicchia” de la Corte IDH. *Revista Pensar en Derecho*, Buenos Aires, año 6, n. 10, p. 37-79, 2017. p. 67.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios**. Sentença de 26 de Novembro de 2007. B.675.XLI.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal** –causa nº 24.079.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros**. Fallos 315: 1492.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa**. Sentença de 23 de dezembro de 2004.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad**. Sentença de 13 de julho de 2007.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”** por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Rodriguez Pereyra, Jorge Luis otra el Ejército Argentino s/ daños y perjuicios**. Sentença de 27 de novembro de 2012.

BIDART CAMPOS, Germán. **Tratado elemental de derecho constitucional argentino**. T. II-A. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile**. Sentença de 5 de fevereiro de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Boyce y otros vs. Barbados**. Sentença de 20 de novembro de 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Bueno Alves vs. Argentina**. Sentença de 11 de maio de 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Bulacio vs. Argentina**. Sentença de 18 de setembro de 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Sentença de 26 de novembro de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Sentença de 24 de fevereiro do 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Kimel Vs. Argentina**. Sentença de 2 de maio de 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala**. Sentença de 25 de novembro de 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú**. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gudiel Álvarez (“Diario Militar”) vs. Guatemala**. Sentencia de 20 de noviembre de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014**, solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

FURFARO, Lautaro. Las ataduras de Ulises se aflojan: el pronunciamiento de la CSJN frente al caso “Fontevicchia” de la Corte IDH. **Revista Pensar en Derecho**, Buenos Aires, año 6, n. 10, p. 37-79, 2017.

PINTO, Mónica. **El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en material de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**. In: ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian (compiladores). **La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local: la experiencia de una década**. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 1997.

ROSENKRANTZ, Carlos F. Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 1, n. 2, p. 269-295, 2003.

AS EXPRESSÕES ARTÍSTICAS DAS VÍTIMAS COMO UM MECANISMO DE REPARAÇÃO TRANSFORMADORA NA COLÔMBIA. UMA ANÁLISE DO CASO “TECELÕES DE MAMPUJÁN” E A INFLUÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

WILLIAM IVÁN GALLO APONTE*
ALEJANDRO SANABRIA RODELO**

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A relação das expressões artísticas como forma de reparação simbólica para as vítimas no âmbito da reparação integral. 3. A influência do Sistema Interamericano de Direitos humanos na reparação dos direitos das vítimas; 4. As expressões artísticas das vítimas como uma oportunidade para construir mecanismos concretos de reparação transformadora; 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

O conflito armado na Colômbia tem sido altamente complexo. Houve 52 anos de guerra que deixaram 8.230.860 vítimas registadas, que na sua maioria sofreram actos de vitimização, tais como assassinatos, massacres, desaparecimentos forçados e deslocamentos forçados.¹

Além disso, a desigualdade na Colômbia é uma condição estrutural, com 53,5 pontos no índice de Gini e um índice de pobreza de 27,8%.² Pode-se dizer que existe uma

* Pesquisador da Universidade Externado de Colômbia (Bogotá, Colômbia). Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR com bolsa CNPq (Curitiba-PR, Brasil). Pesquisador Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano – NUPED-PUCPR. E-mail: <williamg.aponte@gmail.com>.

** Advogado formado pela Universidade Externado de Colômbia. Foi pesquisador da Cátedra Unesco da Universidade Externado de Colômbia. Consultor em Direito Público. E-mail: <sanabria.rodelo@gmail.com>.

¹ Dados retirados do Registro Único de Vítimas (RUV) Estes dados são tomados de um ponto de vista territorial e exprimem as vítimas registadas em todo o território nacional. Os números concretos das violações dos direitos humanos são Deslocamento, 6,977,713; Desaparecimento forçado, 164,851; Homicídios, 981,509.

² DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA-DANE-. **Pobreza monetaria y multidimensional en Colombia**. 2016. Disponível em: < https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/pobreza/bol_pobreza_15_.pdf > Acesso em: 24 de setembro de 2019.

violação maciça dos direitos humanos como consequência do evidente abandono do Estado e da falta de benefícios básicos para manter uma vida digna numa grande parte do território.

Por sua vez, estas condições de desigualdade social e a falta de instituições estatais permitiram que a condição de vítima adquirisse um carácter permanente, devido ao fato de, infelizmente, os mais afetados pela violência terem sido, na sua grande maioria, pessoas cujas condições socioeconómicas tornam mais difícil a superação de atos de vitimização no contexto da guerra.³

Pessoas que vivem ou viveram, na altura das violações dos seus direitos, em zonas rurais onde o acesso das forças militares e dos serviços públicos essenciais é altamente limitado, tanto devido à sua complexidade geográfica como à presença permanente de grupos armados fora da lei nessas regiões.⁴

Por exemplo, na Colômbia, só nos estados⁵ de Sucre e Bolívar, foram registadas um total de 585.218 vítimas, das quais apenas 11.457 obtiveram uma sentença num processo judicial que reconhece as violações dos seus direitos. Por outro lado, a falta de reconhecimento das pessoas das regiões mais vulneráveis do país, não só contribuiu para a ocorrência da sua vitimização, como também, ainda hoje, favorece a sua invisibilidade. Nas palavras da Comissão Nacional de Memória Histórica da Colômbia, no relatório sobre memória histórica, os danos acusados às vítimas são infligidos para toda a humanidade. No entanto, embora o conflito armado na Colômbia tenha custado muitas vidas, a maioria dos cidadãos sentem que se trata de um assunto alheio ao seu ambiente e aos seus interesses. “As vítimas e os sobreviventes sofrem a violência no meio de uma profunda e dolorosa solidão. Isto pode ser explicado em parte pelo facto de a guerra se ter tornado uma ocorrência diária, de ter lugar nas zonas rurais do país e de a maioria dos que sofrem serem pessoas anónimas”.⁶

Um grande número das vítimas foi afetado desta forma: pela ineficácia do Estado no cumprimento da sua obrigação de garantir os seus direitos, pelas violações dos direitos humanos por grupos armados e pela falta de solidariedade e reconhecimento da história das vítimas pela sociedade civil.

Esta realidade levou à adaptação de medidas de reparação, que através da Lei 1448 de 2011 (Lei das Vítimas e Restituição de Terra),⁷ incorporou-se no sistema jurídico colom-

³ UMAÑA EDUARDO, Falls *et al.* **La Violencia en Colombia**. Bogotá: Tercer Mundo, 1962.

⁴ CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. **Informe: ¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad**. 2013. Disponível em: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-memorias-guerra-dignidad-new-9-agosto.pdf>

⁵ Na Colômbia a denominação é “departamentos”.

⁶ CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. **Informe: ¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad**. 2013. P. 16. Disponível em: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-memorias-guerra-dignidad-new-9-agosto.pdf>

⁷ A Lei das Vítimas foi a resposta do governo à necessidade de participação e reparação das vítimas no âmbito da justiça de transição desde o processo de paz com as Autodefesas Unidas da Colômbia (AUC) em 2005, esta lei

biano todo um sistema de reparação integral, baseado nos “Princípios para a Proteção e Promoção dos Direitos Humanos no Combate à Impunidade” emitidos pelas Nações Unidas (ONU) em 1997, e na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde seu primeiro caso contencioso em 1986-1988 “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”.⁸

Nestes instrumentos, a reparação integral tem cinco elementos que se complementam, e que são: restituição, compensação, reabilitação, medidas de satisfação e garantias de não repetição. Estes elementos visam a restituição dos direitos das vítimas, limitando-se a tentar restituir as suas condições a um Estado antes da violação dos seus direitos.⁹ No entanto, tal como acima referido, muitas das pessoas que foram vítimas do conflito armado viveram em situações de vida indignas antes das hostilidades, e estas condições de desigualdade e indignidade contribuíram grandemente para as atrocidades nas suas regiões e para a escassez de mecanismos legítimos de proteção dos seus direitos.

Desta forma, a reparação integral proposta pelos diferentes instrumentos jurídicos torna-se insuficiente para satisfazer os direitos das vítimas, não só no contexto do conflito armado, mas também no decurso diário das suas vidas. Face a esta limitação do conceito de reparação integral,¹⁰ propõe que o Estado procure “reparações transformadoras”¹¹ através da reparação integral, que contribuam não só para a superação das violações dos direitos das vítimas, mas também contribuem para transformar a sociedade para que as condições de desigualdade que favoreceram as causas pelas quais surgiu o conflito armado nessas regiões que já eles eram anteriormente vulneráveis.

No âmbito da reparação integral, e procurando iniciativas que procurem reparar as vítimas, não só a partir de uma abordagem de restituição mas também de uma abordagem transformadora e dignificante, encontra-se diferentes experiências que, a partir da arte, contribuem de forma significativa tanto para devolver o conflito às vítimas,¹² como sobretudo para dar um reconhecimento real às pessoas das regiões vulneráveis, que conheciam as atrocidades da guerra, contribuindo para ultrapassar as condições de desigualdade social

dispõe os diferentes componentes da reparação integral, estabelecidos nos princípios da ONU “para a proteção e promoção dos direitos humanos e a luta contra a impunidade” de 1997, e o procedimento de restituição de terras em face da expropriação causada por diferentes grupos fora da lei.

⁸ CIDH. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Sentença do 29 de julho de 1988.

⁹ UPRIMNY, Rodrigo. SAFFÓN, María Paula. Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática. In: **Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión**. Bogotá DC: Dejusticia & ICTJ, 2009, pp. 31-71.

¹⁰ UPRIMNY, Rodrigo. SAFFÓN, María Paula. Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática. In: **Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión**. Bogotá DC: Dejusticia & ICTJ, 2009, pp. 31-71.

¹¹ Este alerta é proposto em DIAZ GÓMEZ, Catalina. *Et. al* (eds). **Reparar en Colombia. Dilemas em contextos de conflito, pobreza e exclusão**, Catalina Díaz Gómez et al. (eds), 2009.

¹² CHRISTIE, Nils. **The limits of pain**. Oslo: Universitetsforlaget, 1984.

que facilitaram estas hostilidades. Um dos casos mais importantes destas expressões artísticas são os “Tecelões de Mampujan”.

Mampujan situa-se numa região da Colômbia conhecida como Montes de Maria,¹³ uma região de selva no vale de pequenas colinas perto da costa do caribe e rica em recursos naturais e diferentes tipos de culturas, tais como arroz e tabaco. São uma região do país que se tem destacado pela inexistência do Estado em termos de serviços públicos e pela presença permanente de grupos armados. Nesta região, o conflito deixou 56 massacres, milhares de pessoas deslocadas, e uma ferida de violência que serve de testemunha da barbárie da guerra.¹⁴

O massacre de Mampuján, que teve lugar entre 10 e 11 de março de 2000, deixou 245 famílias deslocadas e 12 pessoas ferozmente massacradas. Perante isto, diferentes sectores da sociedade civil têm colaborado de modo que, após muitos anos, Rosas de Mampuján, ou como os seus habitantes lhe chamam, Mampuján a Nova, fosse construída.

Neste novo local (também nos Montes de Maria) as 245 famílias continuaram com as suas vidas, mas com o fardo constante de superar até esquecer o que aconteceu. No meio deste confronto com a violência e as condições precárias de subsistência no seu novo território. Algumas mulheres, através do acompanhamento de algumas organizações e colaboradores, começaram a catalisar o impacto da guerra nas suas vidas e na sua identidade em Tecidos, o que serviu como mecanismo para superar o trauma que ocorreu e superar a sua situação de vitimização.¹⁵

Este projeto contribuiu de uma forma muito positiva para a satisfação dos direitos das vítimas, dando-lhes dignidade e contribuindo significativamente para a sua reparação. Contudo, o Estado nunca participou ou apoiou o projeto dos tecelões; de facto, só até 2014 foi que começaram a implementar as medidas de reparação integral consagradas na lei das vítimas.¹⁶

Com o apoio do Estado nos projetos de expressão artística das comunidades vítimas, abrir-se-ia uma oportunidade para que os seus esforços tivessem ressonância em todo o país, contribuindo para o reconhecimento da sua história e gerando visibilidade perante a sociedade civil, e gerando assim garantias que garantam a existência de recursos eficazes

¹³ Os Montes de Maria (também conhecido como Serranía de San Jacinto) é uma sub-região do Caribe colombiano de 2.677 km2, localizada entre os estados de Sucre e Bolívar.

¹⁴ VERDAD ABIERTA **¿Verdad a medias, reparación inconclusa?** Bogotá D.C, 2012. Disponível em: <http://www.verdadabierta.com/component/content/article/45-reparaciones-a-victimas/3924-mampujan-iverdad-a-medias-reparacion-inconclusa>.

¹⁵ CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. **Mampuján. Crónica de un desplazamiento.** Bogotá DC: CNMH 2012. Disponível em: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/memoria-historica/documentales>.

¹⁶ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE BOGOTÁ. Sala de justicia y paz, Sentença do 29 de junho de 2010. Relator. Uldi Teresa Jiménez López.

e legítimos para a exigência na proteção dos seus direitos, quer como vítimas, quer como cidadãos.

Com base nos elementos acima referidos e tomando como exemplo o caso dos tecelões de Mampuján, demonstra-se como as expressões artísticas das vítimas são uma oportunidade de fazer reparações transformadoras que afetam diretamente a desigualdade social das regiões vítimas pelo conflito. Desta forma, mostra-se em primeiro lugar a relação das expressões artísticas das vítimas com a reparação integral e, em segundo lugar, explica-se porque é que as expressões artísticas das vítimas como reparação são uma oportunidade para construir mecanismos concretos de reparação transformadora.

2. A relação das expressões artísticas como forma de reparação simbólica para as vítimas no âmbito da reparação integral

O conceito de reparação integral representa “a busca da justiça por meio do direito”.¹⁷ Tal apreciação, embora geral e abstrata, é pertinente, pois permite partir das formas tradicionais de reparação do dano, para envolver um princípio que transforma o direito a uma visão ampliada, na qual, os interesses do homem e dos cidadãos em geral, adquirem relevância, concentrando agora com mais ênfase o foco nas vítimas, que aos poucos vão impondo à justiça e a administração, um novo pensamento dentro do esquema de responsabilidade do Estado.¹⁸

Para falar sobre reparação integral, deve-se partir da verdadeira existência de uma violação dos direitos humanos de uma pessoa ou grupo de pessoas.¹⁹ É o caso da população de Mampujan, que não só foi obrigada a abandonar os seus territórios, mas como consequência deste deslocamento, foi forçada durante muito tempo a viver em condições precárias que ameaçavam a sua dignidade e qualidade de vida.

Como já foi dito, a reparação integral compreende cinco elementos, cujo objetivo é indenizar as vítimas das diferentes esferas que a constituem como pessoa, sujeito de direito e sujeito social. A primeira delas é a restituição, que visa devolver a vítima à situação em que se encontrava antes do ato de vitimização, o que implica a reposição de seus bens patrimoniais e a restauração de seus direitos. Em segundo lugar, ter-se-á indenização que visa reparar as vítimas materialmente por meio de indenização patrimonial. Terceiro, os me-

¹⁷ SANDOVAL GARRIDO, Diego A. Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas”. **Revista de Derecho Privado**. Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 2013, No. 25, jun/dez 2013, p. 242.

¹⁸ SANDOVAL GARRIDO, Diego A. Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas”. **Revista de Derecho Privado**. Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 2013, No. 25, jun/dez 2013, p. 239.

¹⁹ ROUSSET, Andrés. El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, n. 59 vol. 1, 2011.

canismos de reabilitação; serviços médicos, psicológicos, jurídicos e sociais de que a vítima necessita. Em quarto lugar, as medidas de satisfação que visam reconhecer publicamente os danos por eles sofridos a fim de dignificá-los e, por último, as garantias de não repetição que diferem das já mencionadas e procuram evitar que os fatos já ocorridos se repitam. por meios diferentes.²⁰

Dentro destes elementos, que se destinam a garantir uma reparação integral e a contribuir para a justiça através da justiça restaurativa, pode-se elucidar a reparação simbólica, como mecanismo que cumpre um papel fundamental e indispensável para garantir os pressupostos de satisfação e garantias de não repetição.

Na Colômbia, a lei das vítimas definiu a reparação simbólica como “qualquer disposição feita em favor das vítimas ou da comunidade em geral que tenda a garantir a preservação da memória histórica, a não repetição dos acontecimentos vitimizadores, a aceitação pública dos acontecimentos, o pedido de perdão público e a restauração da dignidade da dignidade das vítimas”.²¹

A reparação simbólica busca conduzir a uma nova situação, a partir do reconhecimento do acontecido e, por meio da simbolização, do reconhecimento dos fatos, do perdão individual e coletivo e da construção da memória histórica. Este tipo de reparação tem dois objetivos: (i) garantir a satisfação das vítimas por meio da dignidade de seus direitos. Essa garantia se materializa a partir de três postulados essenciais: a dignidade da vítima, o direito à verdade e a construção da memória histórica. Esses pressupostos visam a atenção das vítimas de uma esfera individual; (ii) o propósito das garantias de não repetição que visam à construção da memória coletiva, além da contribuição do desenvolvimento de uma identidade comum que visa garantir a não repetição dos fatos ocorridos.²²

Dentro da reparação simbólica, as expressões artísticas desempenham um papel essencial, visto que se tornam o meio de representação simbólica mais importante para expressar a dor e transformar os acontecimentos do passado numa narrativa do presente, deixando de ser um mero exercício estético. Podem ser representados a partir de qualquer manifestação artística, como expressões musicais, pintura, teatro ou tecido, mas em qualquer caso conseguem criar um símbolo de representação individual e coletiva.²³

Consequentemente, a reparação simbólica pode ser identificada com grande clareza no caso de Mampujan, uma vez que as vítimas desenvolveram esses teares como forma

²⁰ UPRIMNY, Catalina. Memoria y reparación simbólica: experiencia con algunas iniciativas no oficiales de memoria en Colombia. **Revista Arte y Derecho**. n. 11. 2014, p. 78.

²¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Ley 1448 de 2011, ley de víctimas y restitución de tierras**. 2011, art. 141.

²² SIERRA, Yolanda. Relaciones entre el arte y los derechos humanos. **Revista Derecho del Estado**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia. n. 32, 2014 pp. 77-100.

²³ ROCA, José; SUAREZ, SYLVIA. **Arte en Colombia 1992-2012**. Barcelona: Luwerg y Transpolítico, 2012.

de superar seus atos de vitimização, como mecanismo de perdão e como reconhecimento de sua dignidade. Graças a isso foi possível construir um processo de memória, fazendo de seus teares um símbolo que agora está imerso na memória do país; criando relações catárticas nas áreas mais profundas e inacessíveis e onde existe uma clara falta de proteção do Estado.

Este importante projeto foi realizado por meio do trabalho conjunto com outras organizações e diferentes setores da sociedade civil, uma vez que a incidência do Estado neste caso foi mínima, senão praticamente nula. Aqui, os teares não são apenas uma expressão artística ou mais alguns pressupostos de reparação simbólica, mas também um ato político, um símbolo de luta e uma referência direta à história em Mampujan.²⁴

É importante reavaliar o papel do Estado e dos perpetradores neste processo, uma vez que não se poderia dizer que houve reparação de qualquer espécie, se os projetos foram desenvolvidos exclusivamente pelas vítimas. Se se aceita, estar-se-ia transferindo o ônus da reparação, esquecendo a responsabilidade dos autores e do Estado na superação dos atos de vitimização e na satisfação de direitos.

Embora se compreenda a complexidade e impossibilidade do Estado de abranger a satisfação dos direitos à verdade e reparação das vítimas, está na obrigação legal. É assim que a lei das vítimas no artigo 14 estabelece que, a superação da manifesta vulnerabilidade das vítimas implica a realização de uma série de ações que incluem: (i) o dever do Estado de implementar medidas de atenção, assistência e reparação às vítimas; (ii) o dever de solidariedade e respeito da sociedade civil e do setor privado com as vítimas e apoio às autoridades nos processos de reparação; e (4) a participação ativa das vítimas.²⁵ Segundo essas ações, o Estado está obrigado a participar na reparação da vítima de forma complementar e de acordo com o princípio da solidariedade.

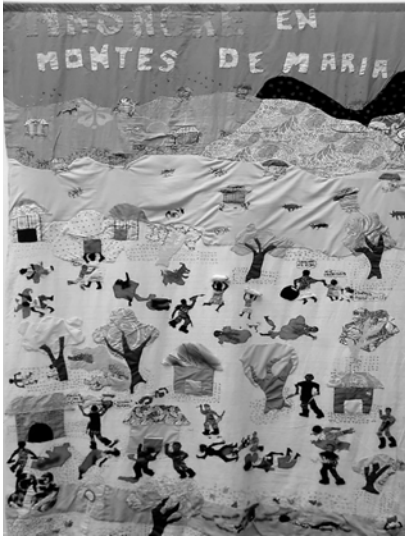
Por outro lado, a Constituição Nacional da Colômbia, art. 2, estabelece como objetivo essencial do Estado: “servir à comunidade, promover a prosperidade geral e garantir a eficácia dos princípios, direitos e deveres consagrados na Constituição”. É por isso que deve ser avaliado e dado um tratamento diferenciado em cada caso em que tenha havido violação de direitos humanos, desde os eventos vitimizantes, e o processo de tratamento da dor em cada caso é diferente e também responde a uma situação e contexto específico. Da mesma forma, o Estado deve estar envolvido em todo o processo de expressão das vítimas para conseguir

²⁴ FIGUEROA, P. MORENO, E. Reparacion Simbolica: procesos artísticos y pedagógicos en escenarios sociales. **Revista de Arte y Derecho**. 2014

²⁵ O artigo 14 da Lei 1448 de 2011, Lei das Vítimas e Restituição de Terras, ratifica o dever de solidariedade do Estado para com as vítimas e é a base para a compensação administrativa prevista na lei.

a reparação simbólica, por meio de uma equipe capacitada que veja quais são suas necessidades para poder atendê-las com a ajuda e o apoio institucional de que necessitam.²⁶

FIGURAS 1 e 2 – A influência do Sistema Interamericano de Direitos humanos na reparação dos direitos das vítimas. A reparação simbólica



FORNTE: TEJEDORAS DE MAMPUJÁN. **Masa-cre de Montes de María**. 2009



FORNTE: TEJEDORAS DE MAMPUJÁN. **Desplazamiento**. 2009

A relevância do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em geral, e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em específico, nas formas de reparação dos danos, representa um desafio no nível histórico e institucional, em resposta aos direitos das vítimas por violação dos direitos humanos.²⁷ Visto que, inicialmente, propõe um modelo de reparação integral que as autoridades administrativas e jurisdicionais devem atender.

Segundo Claudio Nash Rojas, o reconhecimento, por parte do Estado, das vítimas como tais, constitui um elemento fundamental no processo de reparação, que deve se refletir nas medidas simbólicas, tanto individuais, coletivas e comunitárias - por meio coletivo de vítimas. A título de exemplo, o caso *Martiza Urrutia v. Guatemala*, de 27 de novembro de

²⁶ FIGUEROA, P. MORENO, E. Reparación Simbólica: procesos artísticos y pedagógicos en escenarios sociales. **Revista de Arte y Derecho**. 2014

²⁷ CALDERÓN GAMBOA, Jorge F. La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano. In FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo. *et al.* (coords.). **Derechos humanos en la constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana**. México: UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, 2013, t. I, pp. 145-219.

2003, onde se considerou o dano material e se outorgou certa soma simbólica em favor da vítima, entre eles, reconhecendo o valor da jurisprudência internacional como forma de reparação.²⁸

Levando em conta este desafio histórico e institucional, bem como a necessidade de que a reparação se reflita em medidas simbólicas, sejam elas individuais, coletivas ou comunitárias, a Corte Interamericana de Direitos Humanos assinalou que a reparação integral - gênero da reparação simbólica-, constitui um imperativo, considerado como norma de jus cogens, o que implica que os Estados têm a obrigação de garantir os direitos das vítimas, em particular, de obter uma reparação integral, e qualquer acordo em contrário seria nulo e sem efeito.²⁹

Como manifestação desse reflexo de reparação, em medidas simbólicas, destacam-se os casos interpostos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Peru, especificamente, *Bairros Altos v. O Peru*, de 30 de novembro de 2001, que estabelece, entre outras medidas, a obrigação por parte do Estado de arrecadar uma moção em homenagem às vítimas; *Prisão Miguel Castro vs. Peru*, de 25 de novembro de 2006, em que, dentro das medidas de reparação ordenadas pela Corte, foi implantada a construção de um monumento ou lugar na área do presídio onde ocorreram os massacres; e, *La Cantuta vs. O Peru*, em 29 de novembro de 2006, onde também ordenou a construção de um monumento, com a participação da sociedade civil e do Estado. Esses casos são relevantes, pois de alguma forma inauguram uma linha jurisprudencial que inclui obras de arte, como parte da reparação integral.³⁰

Entre outros casos, destaca-se os casos: *Myrna Manck vs. Guatemala* de 2004; *Molina Thiesse vs. Guatemala*; *19 Comerciantes vs. Colômbia*; *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* de 2006, *Pueblo Bello vs. Colômbia*; *Ituango vs. Colômbia*; *La Rochela vs. Colombia*, *Escué Zapata vs. Colombia*, entre otros. Com tudo, ou relevante para essas sentenças, foi a referência e o uso da arte como instrumento de reparação simbólica na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, em cumprimento a estas resoluções, e em particular na Colômbia, demonstra-se a criação de monumentos, produto das ordens da Corte, em diferentes espaços públicos das cidades do país.³¹

Essas ordens vêm sendo adotadas pela ordem jurídica interna, não só pela jurisprudência da Corte Constitucional e do Conselho do Estado, principalmente. Mas também

²⁸ NASH, Claudio. **Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)**. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2ª ed. 2009.

²⁹ BARRERA, Luis Fernando. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la reparación integral a las víctimas, en el marco del conflicto armado en Colombia. **Revista Ratio Juris** Vol. 12 N.º 25 jul/dez 2017. pp. 69-88.

³⁰ SIERRA, Yolanda. Relaciones entre el arte y los derechos humanos. **Revista Derecho del Estado**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia. n. 32, 2014 pp. 77-100.

³¹ SIERRA, Yolanda. Relaciones entre el arte y los derechos humanos. **Revista Derecho del Estado**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia. n. 32, 2014 p. 82

pela legislação, como foi dito. Por exemplo, a influência do Sistema também permeou a jurisprudência do Conselho de Estado colombiano, uma vez que o padrão de reparação que ordena as sentenças da Corte Interamericana em que o Estado é condenado se projeta nas decisões internas.³²

A partir dessas sentenças interamericanas e seus reflexos na ordem jurídica interna, têm-se adequado as formas de reparação. No entanto, há evidências de uma aplicação quase exclusivamente a graves violações aos Direitos Humanos. Bastará indicar que tal delito abala a dignidade da pessoa como o fazem outros danos, portanto, será necessário estender a reparação integral a outras situações que não as violações de direitos humanos no direito interno de ambos os sistemas jurídicos.

O caso de dois “Tecelões de Mampuján”, é um dos exemplos mais importantes, de como as normas interamericanas de reparação integral e simbólica, foram estabelecidas no direito interno, uma vez que se baseava nesta avaliação material e imaterial dos fatos e seu contexto. Essa sentença foi proferida pelo Tribunal de Justiça de Bogotá em 29 de junho de 2010, sob um processo que foi marcado pela Lei 975 de 2005. A sentença desenvolveu suas considerações, através de parâmetros de reparação individual e coletiva, tomando quatro referências importantes, entre elas, (i) o que foi solicitado pelas vítimas, (ii) os critérios estabelecidos no decreto sobre reparações administrativas; (iii) o que foi ordenado em casos semelhantes pela jurisprudência do Conselho de Estado; (iv) o que foi ordenado nos casos julgados contra a Colômbia pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.³³

3. As expressões artísticas das vítimas como uma oportunidade para construir mecanismos concretos de reparação transformadora

De acordo com os critérios estabelecidos pela Corte Constitucional da Colômbia,³⁴ o dever de reparação das vítimas corresponde, em primeira medida, aos autores diretos, entregando às autoridades os bens que tenham objeto lícito e ilícito, e o que pertencia ao grupo fora da lei a que pertence o vitimizador. Em segundo lugar e de forma complementar corresponde ao Estado.

No que se refere às reparações a que se refere a Corte, estas têm um espírito de restituição econômica e compensatória, o que não exclui as vítimas de ingressar na execução

³² ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina M. La influencia de los estándares interamericanos de reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano”, **Estudios Constitucionales**. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, ano 9, No. 2, 2011, p.176.

³³ TABORDA OCAMPO, Francisco; SCHNEIDER, Jan. Sentencia en el Caso Mampuján en Colombia: en deuda con las víctimas. **Pensamiento Jurídico**. No. 29, set/diz, 2010. pp. 11-32

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. **Sentença de Constitucionalidade C-370/2006**, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

de sua própria reparação por medidas de satisfação e garantias de não repetição. Historicamente, a arte esteve nas mãos de muitas poucas pessoas na sociedade, quase sempre nas mãos de pessoas das classes socioeconômicas mais altas, o que explica por que a arte e o que se considera artístico, tem sido o monopólio indiscutível das formas de expressão criadas desde então nas cidades. Isso levou à sombra das expressões artísticas que emergiram dos bairros ou das regiões mais remotas; obras que também fazem parte da nossa cultura e constroem a nossa identidade.³⁵

Desta forma, o reconhecimento das expressões artísticas das vítimas, como os Tecidos das vítimas de Mampujan, são essenciais para quebrar os paradigmas da desigualdade social e da efetiva falta de oportunidades de todos os tipos, em sociedades historicamente vulneráveis. A arte torna-se uma clara oportunidade para realizar reparações transformadoras e democráticas que aspiram à inclusão social e à satisfação dos direitos das vítimas.

No entanto, isso não significa que as vítimas não necessitem do resto das medidas e componentes da reparação integral, de modo que não se pode dizer que estes entrem em tensão com a reparação transformadora. De fato, para fazer da transição das hostilidades uma transformação democrática que reduza a desigualdade, medidas abrangentes de reparação devem ser implementadas com um enfoque transformador, dignificante e democrático.

As expressões artísticas das vítimas como oportunidade para resolver as causas do conflito e formular garantias de não repetição. Os grupos armados que perpetraram o massacre de Mampuján, deslocaram toda a cidade, eram 245 famílias que foram obrigadas a partir pela vontade atroz do grupo paramilitar. Os Tissues tornaram-se para essas pessoas, não apenas um mecanismo de enfrentamento da dor por meio da arte terapia, mas também uma forma de construir identidade no deslocamento e manter a cultura em seu novo território, mas acima de tudo, serviu para que milhares de pessoas conheçam sua história.

Assim, vê-se quantas delas são medidas simbólicas que transcendem as vítimas e são direcionadas à sociedade, de modo que ela reconheça suas vidas e evite a repetição das hostilidades.³⁶ Portanto, dada a execução tardia das normas de reparação a essas vítimas, elas mesmas puderam sair de seu ato vitimizante por meio da arte, satisfazendo amplamente a reabilitação e contribuindo para as medidas de satisfação de responsabilidade do Estado. Nas palavras e/ou testemunha de uma das tecelãs: “À medida que começamos a cozinhar e falar sobre o assunto, descobrimos que tínhamos muitas feridas naquele momento em que começamos a trabalhar, percebemos que estava bom, ficava uma lembrança naquele tecido e estava bonito, e conforme a gente ia tirando as coisas, ia recebendo uma cura”. A tecelã prossegue, afirmando que “aos poucos e quando queríamos terminar a tapeçaria, percebe-

³⁵ CASTILLO, Raúl; RAFAEL *et al.* **Arte para la inclusión y la transformación social**. Bilbao: Equipo del Observatorio del Tercer Sector de Bizkaia, 2012.

³⁶ PATIÑO, Andrés. Las reparaciones simbólicas en escenarios de justicia transicional. **Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**. Vol. 21, 2:60, 210.

mos que já estávamos rindo, quando tínhamos que lembrar uma história de uma, a gente Deu muito sentimento, mas no fim nos fez rir (...)”³⁷

Observa-se que neste caso as expressões artísticas foram o mecanismo para que as vítimas superassem as violações de seus direitos, pelo menos em campos que nada têm a ver com as necessidades econômicas tradicionais da região.

A experiência dos Tecelões de Mampuján teve um grande impacto na sociedade, que reconheceu a história de vida e trabalho das famílias deslocadas de Mampuján, que receberam vários prêmios por seus tecidos. Diferentes universidades, organizações e instituições,³⁸ reconheceram os tecidos como parte da memória histórica nacional, e permitiram que deixassem de esconder essas famílias atrás de figuras, para expor e compreender a história de suas vidas e a violação de seus direitos.

Os tecidos abriram portas para a sociedade aprender não só sobre os acontecimentos vitimizantes, mas também sobre o abandono de Estado sofrido pela população no momento das atrocidades, este é um exemplo claro de como se dirigem as expressões artísticas das vítimas, não apenas para reparação simbólica, mas também para denunciar e explicar as causas que permitiram a violência nas diferentes regiões.

Expressões artísticas como o Mampuján podem gerar impacto suficiente para sensibilizar a sociedade e os operadores jurídicos, para conceder oportunidades concretas de reparações transformadoras. Assim, as expressões artísticas acima mencionadas não serão apenas medidas de reparação simbólica, mas também, se bem executadas, podem contribuir para a transformação democrática da sociedade, e criar não só garantias de não repetição das hostilidades, mas também garantias para proteção abrangente de direitos.

Deste modo, se se pretende uma transformação democrática que se pretenda, o cumprimento do dever constitucional do Estado de garantir os direitos próprios dos cidadãos em situação de vulnerabilidade, o conceito de reparação integral deverá ser interpretado a partir de um ponto de vista transformador. A esse respeito, Uprimny e Saffón prelecionam que: “Na medida em que o enfoque ou a vocação transformadora das reparações constitui uma forma alternativa de concebê-las, segundo a qual seu alcance não deve se limitar à violação específica e aos danos por ela causados, mas deve ser estendido a as condições de exclusão que o tornaram possível e porque seu propósito deve ser tanto reparar esses danos como transformar democraticamente essas condições”.³⁹

³⁷ Tradução livre de. Testimonio de una de las tejedoras de Mampuján documentado por el Centro Nacional de Memoria Histórica.

³⁸ Para citar alguns exemplos: reconhecimento do “prêmio nacional da paz” em 2015; a Universidade Externado está exibindo atualmente uma exposição artística em seu campus na Tecidos. Também no Museu Nacional localizado na capital Bogotá está um tecido que ficará exposto por 20 anos.

³⁹ Tradução livre de: UPRIMNY, Rodrigo. SAFFÓN, María Paula. Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática. In: **Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión**. Bogotá DC: Dejusticia & ICTJ, 2009, p. 42.

Essa reparação transformadora pode se concretizar, por meio de políticas públicas de reconhecimento da história de vida das vítimas, não apenas a partir de figuras, mas também de testemunhos de expressões artísticas. Isso pode estimular o investimento econômico em regiões antes vulneráveis, além de exercer pressão política sobre as diversas instituições estaduais para que prestem apoio constante nessas regiões, garantindo a cobertura de serviços públicos básicos, como água potável e energia. e instalar postos policiais e militares para garantir sua segurança.

Embora a reparação simbólica dessas expressões artísticas, por si só não garantam a existência do Estado e a superação de todas as suas necessidades, se garantirem que essas pessoas nunca mais serão esquecidas pelo país, isso levará à diminuição da desigualdade, desde a geração de emprego e educação na região até a integração de diversos setores, como o Ministério Público, o Governo Nacional e o investimento das pessoas físicas na área.

Por exemplo, desde que a notícia de seus tissues foi divulgada pela mídia, aumentou o interesse da sociedade civil e do Estado, é assim que desde a realização desse documentário de divulgação, livros foram escritos, e eles se envolveram as tecelãs em diferentes eventos para contar sua história, o que lhes permitiu expor seus tecidos e ter novas oportunidades de trabalho.

O papel do Estado e da sociedade civil nas reparações transformadoras a partir das expressões artísticas das vítimas. Como foi dito, seria contraditório dizer que houve reparação se viesse exclusivamente das vítimas; pois estar-se-ia impondo sobre eles um ônus que não corresponde a eles, esquecendo-se da responsabilidade dos perpetradores e do Estado para que a reparação aconteça. Isso não quer dizer que as vítimas não devam participar de sua própria reparação.

A guerra desgasta gravemente o tecido social, a falta de justiça ou de reparação pode ter repercussões na repetição das hostilidades ou na vingança das vítimas. Por isso, e com o objetivo de avançar para a reconciliação, as vítimas devem ser incluídas diretamente nos processos, visto que nestes normalmente a vítima não tem um papel relevante, mas antes coloca o autor do crime e a sua responsabilidade penal no centro dos processos. , roubando o conflito das partes.⁴⁰

Para que isso aconteça e as vítimas não tenham o sentimento de impunidade, devem-se buscar caminhos nos quais a vítima, o perpetrador e o Estado se integrem para encontrar medidas concretas que se realizem, na reparação integral das vítimas, destacando nas garantias de não repetição e transformação democrática, que resolvem diretamente as causas do conflito.

⁴⁰ UPRIMNY, Rodrigo. SAFFÓN, Maria Paula. Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática. In: **Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión**. Bogotá DC: Dejusticia & ICTJ, 2009, p. 34.

O Estado deve estar diretamente envolvido, incentivando as expressões artísticas que as vítimas fazem e caminhando para uma transformação democrática. Estas medidas podem ser: realizar uma política pública de divulgação da cultura das vítimas e das pessoas que vivem nas regiões mais marginalizadas do país, integrar as diferentes instituições públicas da sociedade para que prestem atenção às histórias e denúncias que através da arte se constroem e se resolvem progressivamente obstáculos sociais que geram desigualdades, confrontam as vítimas e os perpetradores e fazem com que os perpetradores conheçam as expressões artísticas das vítimas para que se reconstrua o tecido social, entre outras.

Os perpetradores devem reconhecer os fatos que expressam a arte das vítimas e executar as medidas de satisfação necessárias à reparação imaterial das vítimas, o que não os exime de cumprir os demais componentes na medida do possível. de reparação integral.

4. Considerações finais

A Colômbia é um país de tonalidades, com um longo e complexo conflito armado, onde o desejo de paz é talvez nossa única referência identitária. Um país que caminha constantemente para a superação da violência e que a desigualdade é o conteúdo de uma queixa cotidiana, à qual nunca se acostuma.

A reparação integral, com base no estabelecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, apresenta grandes desafios para a sociedade, desafios que podem ser a oportunidade de construir um país mais justo e garantidor de direitos, por sua vez, impõe desafios ao Estado que deve envolver as vítimas na resolução dos conflitos e reconciliação das diferentes esferas de poder. Esta reparação deve ser vista de um ponto de vista transformador, analisando as causas históricas do conflito e resolvendo-as, para não só tornar visíveis as atrocidades da guerra, mas também deixar uma mensagem preventiva sobre as causas da guerra.

Os “Tecelões de Mampuján” têm sido um exemplo de melhoria para toda a nação, um exemplo que mostra como a arte pode ser um instrumento positivo de mudança, contribuindo para a memória e a transformação. Este instrumento torna visível a pessoas que durante anos foram invisíveis, faz-nos reconhecer o abandono do Estado, a complexidade do conflito armado e o nosso dever de o travar para sempre.

O Estado tem a oportunidade, por meio das expressões das próprias vítimas, de reivindicar seus direitos e de garantir sua dignidade com ações concretas que analisem as causas do conflito e as resolvam em suas raízes. É uma transformação necessária para construir a democracia e com isso, depois de 100 anos de solidão e esquecimento, como disse García Márquez, essas pessoas terão mais uma vez uma oportunidade na terra.

Referências

BARRERA, Luis Fernando. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la reparación integral a las víctimas, en el marco del conflicto armado en Colombia. **Revista Ratio Juris** Vol. 12 N.º 25 jul/dez 2017. pp. 69-88.

CALDERÓN GAMBOA, Jorge F. La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano. In FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo. *et al.* (coords.). **Derechos humanos en la constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana**. México: UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, 2013, t. I, pp. 145-219.

CASTILLO, Raúl; RAFAEL *et al.* **Arte para la inclusión y la transformación social**. Bilbao: Equipo del Observatorio del Tercer Sector de Bizkaia, 2012.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. **Informe: ¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad**. 2013. Disponível em: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-memorias-guerra-dignidad-new-9-agosto.pdf>.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. **Mampuján. Crónica de un desplazamiento**. Bogotá DC: CNMH 2012. Disponível em: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/memoria-historica/documentales>.

CHRISTIE, Nils. **The limits of pain**. Oslo: Universitetsforlaget, 1984.

CIDH. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Sentença do 29 de julho de 1988.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Ley 1448 de 2011, ley de víctimas y restitución de tierras**. 2011, art. 141.

CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. **Sentença de Constitucionalidade C-370/2006**, MP Manuel José Cepeda Espinosa.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA-DANE-. **Pobreza monetaria y multidimensional en Colombia**. 2016. Disponível em: < https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/pobreza/bol_pobreza_15_.pdf> Acesso em: 24 de setembro de 2019.

DÍAZ GÓMEZ, Catalina. *Et. al* (eds). **Reparar en Colômbia. Dilemas em contextos de conflito, pobreza e exclusão**, Catalina Díaz Gómez et al. (eds), 2009.

ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina M. La influencia de los estándares interamericanos de reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano”, **Estudios Constitucionales**. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, ano 9, No. 2, 2011, p.176.

FIGUEROA, P. MORENO, E. Reparacion Simbolica: procesos artísticos y pedagógicos en escenarios sociales. **Revista de Arte y Derecho**. 2014

NASH, Claudio. **Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)**. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2ª ed. 2009.

PATÍÑO, Andrés. Las reparaciones simbólicas en escenarios de justicia transicional. **Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**. Vol. 21, 2:60, 210.

ROCA, José; SUAREZ, SYLVIA. **Arte en Colombia 1992-2012**. Barcelona: Luwerg y Transpolítico, 2012.

ROUSSET, Andrés. El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, n. 59 vol. 1, 2011.

SANDOVAL GARRIDO, Diego A. Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas". **Revista de Derecho Privado**. Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 2013, No. 25, jun/diez 2013, p. 242.

SIERRA, Yolanda. Relaciones entre el arte y los derechos humanos. **Revista Derecho del Estado**. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia. n. 32, 2014 pp. 77-100.

TABORDA OCAMPO, Francisco; SCHNEIDER, Jan. Sentencia en el Caso Mampuján en Colombia: en deuda con las víctimas. **Pensamiento Jurídico**. No. 29, set/diz, 2010. pp. 11-32

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE BOGOTÁ. Sala de justicia y paz, Sentença do 29 de junho de 2010. Relator. Uldi Teresa Jiménez López.

UMAÑA EDUARDO, Falls *et al*. **La Violencia en Colombia**. Bogotá: Tercer Mundo, 1962.

UPRIMNY, Catalina. Memoria y reparación simbólica: experiencia con algunas iniciativas no oficiales de memoria en Colombia. **Revista Arte y Derecho**. n. 11. 2014, p. 78.

UPRIMNY, Rodrigo. SAFFÓN, Maria Paula. Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática. In: **Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión**. Bogotá DC: Dejusticia & ICTJ, 2009, pp. 31-71.

VERDAD ABIERTA **¿Verdad a medias, reparación inconclusa?** Bogotá D.C, 2012. Disponível em: <http://www.verdadabierta.com/component/content/article/45-reparaciones-a-victimas/3924-mampujan-iverdad-a-medias-reparacion-inconclusa>.

O GOLPE DE ESTADO NA BOLÍVIA E A OEA COMO AGENTE VIABILIZADOR DO LAWFARE

LARISSA RAMINA*

*Como um motorista de ônibus ousa ser presidente da Venezuela?
Como ousa um operário metalúrgico ser presidente do Brasil?
Como um plantador de coca ousa ser presidente da Bolívia?*

Vijay Prajad

SUMÁRIO: 1. As eleições para a Presidência da Bolívia de 2019 e a atuação da OEA. 2. A atuação da OEA na Bolívia como agente viabilizador do lawfare. 3. Por que se entende que houve um golpe na Bolívia? 4. Considerações finais: o que está por detrás do golpe na Bolívia. Referências.

1. As eleições para a Presidência da Bolívia de 2019 e a atuação da OEA

Evo Morales foi eleito para a Presidência da Bolívia pela primeira vez em 2006, e foi o presidente que esteve no cargo por mais tempo na história do país. Em 2009, uma mudança na Constituição Boliviana estabeleceu a possibilidade de reeleição de até dois mandatos consecutivos de cinco anos, permitindo que ele disputasse as eleições em 2010 e em 2014. Em 2016, houve nova convocação de referendo para mudança constitucional permitindo que o presidente pudesse concorrer a um quarto mandato consecutivo em 2019, proposta que foi rejeitada pela maioria dos eleitores, embora haja quem denuncie a manipulação midiática da opinião pública¹.

* Professora de Direito Internacional nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFPR-Universidade Federal do Paraná, Coordenadora de Iniciação Científica e Tecnológica da Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação da UFPR. Pós-Doutora em Direito Internacional pela Université de Paris-Ouest Nanterre La Défense (2016). Doutora em Direito Internacional pela USP, Professora Visitante do Programa de Mestrado "Derechos Humanos, Desarrollo e Interculturalidad" da UPO - Universidad Pablo de Olavide (Espanha). Membro da ABJD – Associação Brasileira de Juristas pela Democracia. E-mail: <raminalarissa@gmail.com>.

¹ "O referendo em 2016 foi a pedra de toque para a radical polarização do país. No dia 21 de fevereiro, o famoso 21F, a população decidiu pelo "Não", ou seja, Evo Morales não poderia concorrer às eleições de 2019. Um

Em 2017, porém, Evo Morales apelou para o Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia (TCP), que o autorizou a concorrer a reeleição indefinidamente, declarando que a aplicação dos direitos políticos deveria prevalecer sobre os artigos constitucionais que limitam a quantidade de vezes que uma pessoa pode ser eleita. A decisão do TCP diz que tratados de direitos humanos que ampliam os direitos políticos devem ter preferência sobre a Constituição boliviana. A Corte acatou os argumentos de membros da bancada no Congresso boliviano do Movimento ao Socialismo (MAS), o partido governista. Tal decisão deu origem a uma situação de grave tensão, uma vez que a Corte foi acusada de ignorar a vontade popular expressa no referendo de 2016. Entretanto, embora passível de críticas, a decisão foi ratificada pelo Tribunal Supremo Eleitoral (TSE) da Bolívia. Vale a pena recordar que uma situação semelhante aconteceu em Nova York, quando o então prefeito Michael Bloomberg induziu a prefeitura a anular o limite de mandatos para que ele pudesse concorrer a um terceiro mandato.

Evo Morales, portanto, concorreu ao quarto mandato consecutivo já com sua candidatura sendo contestada pelos opositores ao regime, provocando uma polêmica muito grande em torno do processo eleitoral à Presidência da Bolívia. No dia 20 de outubro, após as urnas serem fechadas, novos fatos tencionaram ainda mais o processo. Em meio à apuração, o TSE suspendeu a divulgação da contagem de votos do sistema de apuração rápida, que já contabilizava mais de 80% dos votos e que sinalizava a realização de 2º turno entre Evo Morales e o opositor Carlos Mesa, ex-presidente do país entre 2003 e 2005, e líder da oposição. A suspensão desencadeou preocupações com possíveis fraudes eleitorais e, quando retomada no dia seguinte, apontou uma vantagem de 10 pontos percentuais para Evo Morales, garantindo-lhe uma vitória decisiva já no primeiro turno.

Paralelamente, já na primeira semana posterior à eleição começaram a eclodir protestos em La Paz, opondo apoiadores do governo e críticos, que se intensificaram nas semanas seguintes, inclusive deixando mortos e feridos em confrontos com a polícia. Alguns

resultado estreito, por uma diferença de 2,6%, pouco mais de 130 mil votos. Foi a primeira derrota de Morales. A interpretação de (Soledad Valdivia) Rivera é bastante elucidativa sobre o que estava em jogo no referendo e quais as armas usadas. A autora indica que, entre outras coisas, ocorreu a participação ativa da mídia nas redes políticas que influenciaram os resultados do pleito, com a manipulação da opinião pública no chamado Caso Zapata. Tal episódio colocou em xeque a integridade da liderança política de Evo Morales através da montagem de um cenário novelístico moralista que envolvia sexo, abandono de filho e corrupção internacional, entre outras coisas. O Caso Zapata eclodiu quando um jornalista da TV comercial apresentou uma suposta certidão de nascimento atestando que Morales seria o pai de um menino chamado Ernesto Fidel Morales Zapata, nascido em 2007 de um relacionamento entre o presidente e uma moça chamada Gabriela Zapata. A essa notícia agregou-se em seguida uma outra, de que Zapata teria utilizado sua ligação com o presidente para reivindicar vantagens em contratos do governo com uma empresa chinesa, para a qual (segundo se dizia) teria trabalhado como lobista. Era tudo mentira. A criança jamais existiu, conforme a própria Zapata confirmou mais tarde, e a denúncia de corrupção não tinha pé nem cabeça.” De acordo com FUSER, Igor e CASTRO, Fábio. A Bolívia reabre a disputa pela América Latina. Outras Palavras. Disponível em: <https://outraspalavras.net/estadoemdisputa/bolivia-reabre-a-disputa-pela-america-latina/#sdfootnote3sym> Acesso em: 06 de outubro de 2020.

líderes da oposição, a exemplo de Carlos Mesa e Luis Fernando Camacho, passaram a exigir a renúncia de Evo Morales.

Diante desse quadro de tensão, Evo Morales declarou que não haveria renúncia, porém solicitou à OEA que apurasse a higidez do processo eleitoral, por meio de uma auditoria eleitoral internacional daquela Organização.

Em resposta à demanda presidencial, no dia 09 de novembro a secretaria geral da OEA divulgou o resultado de uma auditoria preliminar que detectou “manipulação maliciosa” e “graves irregularidades” que impossibilitaram a validação dos resultados originalmente emitidos pelas autoridades eleitorais bolivianas, com base nos sistemas computadorizados eleitorais, e solicitou a anulação do processo eleitoral. Segundo a auditoria, após o blecaute, a contagem concedeu uma clara vantagem a Evo Morales, sendo que os dados teriam sido encaminhados para um servidor externo não previsto. Além disso, segundo a OEA houve “uma inexplicável mudança de tendência que modifica drasticamente o destino da eleição e gera perda de confiança no processo eleitoral”, e por isso a Organização insta “a autoridade eleitoral a defender de forma decidida a vontade dos cidadãos bolivianos com estrito cumprimento da Constituição e de suas leis complementares de forma ágil e transparente².”

As recomendações da Organização para um novo concurso eleitoral foram prontamente aceitas pelo então Presidente, o que já representa uma grande concessão por parte do governo, e foram endereçadas ao Parlamento boliviano, recomendando-se uma renovação completa dos órgãos eleitorais e a possibilidade de novos candidatos. No entanto, todas as iniciativas de diálogo e negociação oferecidas pelo governo foram rejeitadas, tanto o anúncio de novas eleições quanto a reforma da comissão eleitoral.

Posteriormente, o chefe das Forças Armadas do país, general Williams Kaliman, e o comandante da polícia boliviana, Yuri Calderón, exigiram a renúncia de Evo Morales, em uma suposta tentativa de apaziguar os conflitos. Em meio a um cenário de caos em La Paz e outras cidades importantes, com as forças policiais e milícias de extrema-direita amotinadas contra o governo, promovendo a violência contra governistas e incendiando casas, caberia ao chefe do Estado-Maior das Forças Armadas cumprir a Constituição, que atribui aos militares a missão de garantir a ordem em situações extremas como aquela (no total, cerca de 60 bolivianos morreram enfrentando os golpistas³). Ao contrário, porém, o general exigiu a renúncia do Presidente legitimamente eleito.

² OEA. Organização dos Estados Americanos. Declaração da Missão de Observação Eleitoral da OEA na Bolívia Disponível em: https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-085/19 Acesso em 16 de setembro de 2020.

³ FUSER, Igor e CASTRO, Fábio. A Bolívia reabre a disputa pela América Latina. Outras Palavras. Disponível em: <https://outraspalavras.net/estadoemdisputa/bolivia-reabre-a-disputa-pela-america-latina/#sdfootnote3sym> Acesso em: 06 de outubro de 2020.

Nesse contexto, o *Palácio Quemado* foi invadido pelo líder da extrema-direita de Santa Cruz, Luis Fernando Camacho, que ingressou no gabinete presidencial com uma bíblia na mão, enquanto nas ruas seus partidários queimavam a Whipala, bandeira indígena multicolor adotada na Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia como um símbolo tão importante quanto a bandeira nacional.

Mediante real risco à sua integridade física, o Presidente então anunciou sua renúncia, vista por alguns analistas como o resultado de um golpe de Estado a partir da intervenção dos militares e dos policiais, já que havia sido abandonado tanto pelo Exército quanto pela Polícia.

Ao apresentar a renúncia, Evo Morales deixa clara sua intenção de evitar uma escalada da violência no país, ao mesmo tempo em que denuncia ataques violentos contra ele, sua família e outros líderes governistas. O então ex-presidente foi obrigado a se esconder em uma zona de coca na região central da Bolívia, e denunciou a tentativa da polícia de detê-lo fazendo uso de um mandado ilegal de prisão.

Além de Evo Morales, deixaram os respectivos cargos o vice-presidente do país, Álvaro Garcia, a presidente do Senado, Adriana Salvatierra, o vice-presidente do Senado, Rubén Medinacelli, bem como o presidente da Câmara dos Deputados, Víctor Borda, deixando vaga toda a linha de sucessão presidencial.

Outras sete ex-autoridades bolivianas do governo de Evo Morales, ameaçadas de morte, ficaram confinadas na Embaixada do México, em La Paz a partir do dia 10 de novembro⁴, por falta de autorizações seguras para que pudessem partir para o México na condição de asilados políticos. São elas: o ex-ministro da Presidência, Juan Ramón Quintana Taborga; o ex-ministro da Defesa, Javier Zavaleta López; o ex-ministro do governo, Hugo Moldis Mercado; o ex-ministro da Justiça, Héctor Arce Zaconeta; a ex-ministra das Culturas, Vilma Alanoca Mamani; o ex-governador do departamento de Oruro, Victor Hugo Vasquez, e o ex-diretor da Agência de Tecnologia da Informação, Nicolás Laguna. Todos eles permaneceram dia e noite dentro desta residência, guardados por um contingente de 40 policiais e mais de 5 veículos por turno⁵. Apesar de ter emitido vários salvo-condutos, o governo ilegítimo manteve reclusas essas autoridades em violação flagrante da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), que em seu artigo 22.7 estabelece o direito de procurar e receber asilo da seguinte forma: “Toda pessoa tem o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns relacionados à política, e de acordo com a legislação de cada Estado e com as convenções internacionais”.

⁴ Não foi possível encontrar informação confiável sobre a correta data de saída das autoridades que ficaram confinadas na Embaixada do México naquela ocasião.

⁵ ZAFFARONI, Raul e FERREIRA, Raúl Gustavo. Lawfare na Bolívia. Carta Maior. Disponível em: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Pelo-Mundo/Lawfare-na-Bolivia/6/47662> Acesso em: 15 de outubro de 2020.

A adoção de um catálogo de tratados relacionados ao asilo diplomático e territorial por razões políticas levou ao que é comumente chamado de “tradição latino-americana de asilo”⁶.

A terceira na ordem de sucessão após o Presidente e seu vice era a presidente do Senado, Adriana Salvatierra, e o quarto, Victor Borda, presidente da Câmara dos Deputados. O artigo 169 da Constituição boliviana estabelece que, “em caso de impedimento ou ausência permanente do presidente do Estado, será substituído no cargo pelo vice-presidente e, na ausência deste, pelo presidente do Senado, e na ausência deste, pelo presidente da Câmara dos Deputados. Neste último caso, novas eleições serão convocadas no prazo máximo de noventa dias”⁷.

Diante de todas essas renúncias, no dia 11 de novembro a segunda vice-presidente do Senado, Janine Áñez, conhecida por suas posições fundamentalistas cristãs, reivindicou o direito de assumir a Presidência do país, com o apoio das Forças Armadas, declarando-se presidente em uma sessão legislativa sem quórum, com a suposta pretensão de convocar novas eleições. Desde então, ao invés de tomar providências para convocar novas eleições, adotou decisões como se fora uma Presidente legitimamente eleita. Tornou-se “a primeira ditadora da história do continente”, conforme escreveu Renaud Lambert no *Le Monde Diplomatique*⁸.

No dia 12 de novembro, sentindo-se ameaçado em seu próprio país, Evo Morales desembarcou na Cidade do México, após aceitar uma oferta de asilo político feita pelo Presidente Andrés López Obrador, em seguida de sua renúncia. O ex-presidente chegou em um avião da Força Aérea do México, que o levou da Bolívia, em um trajeto pontuado por mudanças de última hora por parte de vários governos, que inclusive afetaram o plano de voo inicialmente previsto⁹.

⁶ ZAFFARONI, Raul e FERREIRA, Raúl Gustavo. Lawfare na Bolívia. Carta Maior. Disponível em: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Pelo-Mundo/Lawfare-na-Bolivia/6/47662> Acesso em: 15 de outubro de 2020.

⁷ *Artículo 169. I. En caso de impedimento o ausencia definitiva de la Presidenta o del Presidente del Estado, será reemplazada o reemplazado en el cargo por la Vicepresidenta o el Vicepresidente y, a falta de ésta o éste, por la Presidenta o el Presidente del Senado, y a falta de ésta o éste por la Presidente o el Presidente de la Cámara de Diputados. En este último caso, se convocarán nuevas elecciones en el plazo máximo de noventa días.* Disponível em https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf Acesso em 02 de outubro de 2020.

⁸ LAMBERT, Renaud. “Um golpe de Estado demasiado fácil en Bolivia”. *Le Monde Diplomatique*, dezembro de 2019. Disponível em: <https://mondiplo.com/un-golpe-de-estado-demasiado-facil-en-bolivia> Acesso em: 10 de outubro de 2020.

⁹ Reportagem publicada no *Jornalistas Livres*, intitulada “Que países negaram passagem ao avião de Evo Morales?”, detalha os percalços da viagem: “A aeronave da Força Aérea mexicana teve que mudar a rota que estava prevista. As complicações surgiram porque houve países que tinham autorizado o sobrevo de seus territórios e depois mudaram de ideia, proibindo a passagem. O chanceler mexicano Marcelo Ebrard detalhou o complicado trajeto que o ex-mandatário boliviano teve de percorrer para viajar da Bolívia ao México. As complicações surgiram, sobretudo, pela intempestiva proibição de sobrevoos sobre seus territórios, por parte de alguns países latino-americanos tinham se comprometido a ajudá-lo. “A rota que víamos para retornar incluía o regresso por Lima, depois do que sairíamos por águas internacionais até chegar ao México”, ressaltou o funcionário do governo de Andrés Manuel López Obrador, presidente mexicano. O problema ocorreu, segundo ele, quando o governo do Peru suspendeu sua permissão para que o avião pudesse descer em Lima para se abastecer e continuar sua

No dia 04 de dezembro, a OEA publicou o “Relatório Final da Auditoria sobre as Eleições na Bolívia”, concluindo pela falta de credibilidade do processo eleitoral e pela falta de integridade dos resultados, e recomendando novas eleições. Nas palavras do Relatório, “as manipulações e irregularidades indicadas não permitem certeza sobre a margem de vitória do candidato Evo Morales sobre o candidato Carlos Mesa. Pelo contrário, com base nas evidências contundentes encontradas, o que se pode afirmar é que houve uma série de operações maliciosas destinadas a alterar a vontade expressa nas pesquisas¹⁰”. Conforme esperado, o relatório final foi publicado por vários meios de comunicação nacionais e estadunidenses, inclusive por governos e pelo próprio secretário-geral da OEA, que repercutiram amplamente a conclusão de “fraude eleitoral”, sem quaisquer ponderações.

Interessante observar que a atitude da OEA contrasta frontalmente com o ocorrido em Honduras em 2017, quando com base em um informe muito mais duro e contundente, a OEA recomendou inicialmente a repetição das eleições, mas só depois que os EUA reconheceram Juan Orlando Hernández como presidente, reconhecimento repetido pela Organização. Naquela ocasião, a palavra fraude não foi mencionada.

No dia 12 de dezembro o ex-presidente Evo Morales chegou à Buenos Aires, na condição de exilado e em seguida de refugiado, onde permaneceu até a posse do novo presidente eleito, em 2020. A opção pela Argentina foi feita em razão de sua maior proximidade com a Bolívia.

2. A atuação da OEA na Bolívia como agente viabilizador do lawfare

A partir do início de 2020, o “Relatório Final da Auditoria sobre as Eleições na Bolívia” da OEA passou a ser alvo de questionamentos importantes relativos à metodologia utilizada, por parte de vários especialistas.

rota. Alegou “avaliações políticas”. A alternativa foi o Equador, pelo qual tramitaram pedidos de permissão para aterrissagem breve ali. Mas, enquanto se realizavam essas tratativas, a viagem voltou a se prolongar, porque foi negada a passagem pelo espaço aéreo boliviano, momento em que a embaixadora mexicana na Bolívia, María Teresa Mercado, teve de intervir. “Por um milimétrico espaço, aconteceu a saída”, apontou. Então, tiveram que tomar uma rota pelo espaço aéreo brasileiro, graças a que o embaixador do Brasil na Bolívia admitiu a sua entrada. “Conseguiram permissão para voar no espaço fronteiriço do Brasil e, dali sair para o Peru”, relatou Ebrard. Com este último país também tiveram que negociar novamente para que pelo menos deixassem transitar por seu espaço aéreo. “Com as autorizações do Brasil, Peru e Equador, por fim o avião decolou”, relatou. Mas logo tiveram que enfrentar um novo obstáculo porque o governo do Equador, de Lenin Moreno, os impediu de sobrevoar seu espaço aéreo, e assim o avião teve de rodear o Equador para entrar em águas internacionais e poder continuar o voo.” Disponível em: <https://jornalistaslivres.org/que-paises-negaram-passagem-ao-aviao-de-evo-morales/>. Acesso em 02 de outubro de 2020.

¹⁰ OEA. Organização dos Estados Americanos. Relatório final da auditoria das eleições na Bolívia: houve manipulação e graves irregularidades que impossibilitaram a validação dos resultados. Disponível em: https://www.oas.org/pt/centro_midia/nota_imprensa.asp?sCodigo=P-109/19 Acesso em 02 de setembro de 2020.

Estudos do Centro de Pesquisa em Economia e Política (CEPR)¹¹, de pesquisadores do Laboratório de Ciência e Dados Eleitorais do *Massachusetts Institute of Technology* (MIT)¹², e de pesquisadores do *University of Pennsylvania* e *Tulane University*¹³, negam a existência de fraude eleitoral e mostram que a vitória no primeiro turno eleitoral era absolutamente “explicável”, já que a alta votação a favor de Evo Morales no final da contagem de votos que lhe permitiu ultrapassar o limite de 10 pontos sobre seu rival mais próximo se deveu a áreas geográficas favoráveis ao MAS, computadas mais tarde. De acordo com a Constituição da Bolívia, a vitória no primeiro turno requer 50% dos votos mais um, ou mais de 40% dos votos com diferença de pelo menos 10 pontos em relação ao segundo candidato mais votado. Segundo análise do Grupo de Puebla, “o aumento do percentual de votos a favor do MAS à medida que avança a contagem é um fenômeno recorrente na Bolívia e pôde ser observado em eleições anteriores observadas pela OEA sem que esta Organização tivesse questionado a legitimidade dos resultados”¹⁴.

De acordo com o diagnóstico do CEPR, por sua vez, o relatório final foi escrito para respaldar alegações anteriores da Missão de Observação Eleitoral da OEA, divulgadas em sede de auditoria preliminar, que acusaram as autoridades bolivianas de manipularem o processo eleitoral. A publicação “Observando a los observadores: La OEA y las elecciones bolivianas de 2019”¹⁵, aponta que o documento se baseia em análises estatísticas errôneas e suposições incorretas, visando justificar acusações feitas pela OEA no dia seguinte às eleições, que teriam sido apressadas e prejudiciais. Em outras palavras, primeiro se aceleraram as conclusões de fraude, e em seguida tomou-se um longo tempo para preparar o relatório final, que não alcançou comprovar aquelas conclusões. O estudo do CEPR foi feito após a

¹¹ JOHNSTON, Jake y ROSNICK, David. 2020. “Observando a los observadores: la OEA y las elecciones bolivianas de 2019”. Disponível em: <https://cepr.net/wp-content/uploads/2020/06/Spanish-Report-Final.pdf>; ROSNICK, David. 2019. “Unnatural Claims in a ‘Natural Experiment’: Escobari and Hoover on the 2019 Bolivian Elections”. Disponível em: <https://cepr.net/report/publications-reports-unnatural-claims-in-a-natural-experiment-escobar-and-hoover-on-the-2019-bolivian-elections/>; LONG, Guillaume; ROSNICK, David; KHARRAZIAN, Cavan and CASHMAN, Kevin. 2019. “¿Qué sucedió en el recuento de votos de las elecciones de Bolivia de 2019?” Disponível em: <https://cepr.net/report/que-sucedio-en-el-recuento-devotos-de-las-elecciones-de-bolivia-de-2019/> Acesso em 16 de setembro de 2020.

¹² CURIEL, John and WILLIAMS, Jack R. 2020. “Analysis of the Quick Count in the 2019 Bolivia Election.” Disponível em: https://cepr.net/wp-content/uploads/2020/03/Bolivia_report_Jack_John.pdf Acesso em 16 de setembro de 2020.

¹³ IDROBO, Nicolás; KRONICK Dorothy and RODRÍGUEZ, Francisco. 2020. “Do shifts in late-counted votes signal fraud? Evidence from Bolivia”. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3621475 Acesso em 16 de setembro de 2020.

¹⁴ GRUPO DE PUEBLA. CLAJUD – Conselho Latino-americano de Justiça e Democracia. Análise sobre o papel da Organização dos Estados Americanos (OEA) nas eleições bolivianas de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.grupodepuebla.org/analisis-respecto-del-rol-desempenado-por-la-organizacion-de-estados-americanos-oea-en-las-elecciones-bolivianas-de-octubre-de-2019/> Acesso em 16 de setembro de 2020.

¹⁵ JOHNSTON, Jake y ROSNICK, David. 2020. “Observando a los observadores: la OEA y las elecciones bolivianas de 2019”. Disponível em: <https://cepr.net/wp-content/uploads/2020/06/Spanish-Report-Final.pdf> Acesso em 16 de setembro de 2020.

divulgação de uma análise estatística dos resultados eleitorais do pleito e elaborado por Jack Williams e John Curiel, dois pesquisadores do Laboratório de Ciência e Dados Eleitorais do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT).

A partir dos dados, o CEPR alega que a OEA não apresentou informações atestando a identificação de problemas com a Transmissão de Resultados Eleitorais Preliminares (TREP) que tivessem afetado a contagem oficial de votos ou demonstrado que eles haviam sido alterados. A TREP não tem validade legal, é um recurso que serve para poder dar resultados aproximados antes da conclusão do escrutínio oficial final e, no caso de existirem diferenças amplas, não ter que esperar por um processo definitivo que poderia demorar para declarar um vencedor. Uma ferramenta, portanto, destinada a prevenir situações de tensão, que neste caso foi utilizada para o fim contrário. Primeiro, convertendo o fato de que a contagem foi interrompida antes de chegar a 90% do escrutínio em algo escandaloso, quando está previsto na própria lógica do sistema. Não se pode dar 100% de escrutínio com um sistema que não é válido legalmente. E segundo, colocando o TREP no centro da análise, mesmo não se tratando de algo legal e definitivo.

Por outro lado, a OEA é acusada de ter ignorado o fato de que a auditoria *Ethical Hacking*, contratada pela própria Organização, analisou os dados retidos na ocasião das eleições e determinou que os votos não haviam sido manipulados, sendo que tal fato não foi citado no relatório final. O relatório final da OEA descreve a suspensão do TREP, a contagem preliminar, como “manipulação intencional”, mas não menciona que o *Ethical Hacking*, empresa de auditoria, enviou um “alerta máximo” à autoridade eleitoral pouco antes de ser tomada a decisão de impedir o TREP. Durante a interrupção, o *Ethical Hacking* investigou o notório servidor “invasor” que o alerta tinha como alvo e determinou que nenhum dado havia sido alterado. Mas a OEA não menciona isso em seu relatório final. Para agravar a situação, o secretário-geral da Organização Luis Almagro considerou, em comunicado de 17 de junho de 2020, que a análise estatística da OEA seria apenas um “elemento indicativo da suposta existência de irregularidades”, que “uma análise estatística em si só não valida ou verifica uma fraude, mas dá indicações de onde olhar mais de perto”, além de se referir aos pesquisadores como “organizações políticas e “especialistas acadêmicos”, que desde o exterior buscam influenciar e condicionar a política interna da Bolívia¹⁶”.

Mais recentemente, em setembro de 2020, o analista do CEPR Guillaume Long revelou que a OEA manipulou informação e escondeu suas descobertas sobre as eleições bolivianas¹⁷. Explicou também que de acordo com o CEPR, a OEA apresentou alegações

¹⁶ OEA. Organización dos Estados Americanos. Comunicado sobre campaña de desinformación en torno al rol de la OEA en las elecciones de Bolivia, 16 de junio de 2020. Disponível em: https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-064/20 Acesso em 16 de setembro de 2020.

¹⁷ LONG, Guillaume. La OEA escondió sus hallazgos sobre la auditoría en Bolivia. Disponível em: <https://www.la-razon.com/nacional/2020/09/13/guillaum-long-la-oea-escondio-sus-hallazgos-sobre-la-auditoria-en-bolivia/> Acesso em 15 de setembro de 2020.

que contradizem totalmente os dados públicos e não fornece suporte para confirmar que no dia 21 de outubro havia algo inexplicável sobre a prévia que mostrava vitória de Evo Morales no primeiro turno. Acrescentou ainda que o estudo enfatiza que a Organização corroborou para a falsa narrativa de que houve fraude nas eleições bolivianas até porque em dezembro de 2019, o Conselho Permanente da OEA impediu que o CEPR apresentasse suas análises junto ao relatório final, mesmo com solicitação do representante do governo mexicano para que isso fosse feito.

Guillaume Long vai além, afirmando que a OEA não apenas não encontrou indícios de manipulação intencional dos resultados eleitorais, ou seja, indícios de fraude, mas que o CEPR apurou que a OEA havia deliberadamente manipulado informações e ocultado suas próprias descobertas, o que é muito grave. O analista sugere inclusive que os Estados membros da OEA solicitem uma investigação do ocorrido no Conselho Permanente, e acrescenta ainda o fato de que atualmente mais de 130 economistas e estatísticos se manifestaram apoiando o CEPR¹⁸. De acordo com Guillaume Long,

“...existe hoy una suerte de consenso académico sobre las elecciones bolivianas de 2019. Varios estadísticos e investigadores de varias universidades estadounidenses han llegado a la misma conclusión de que la OEA no puede respaldar sus afirmaciones de que un fraude cambió los resultados de las elecciones. Y más de 130 economistas y estadísticos se pronunciaron en ese sentido. Alentamos a que todos lean el informe final de auditoría de la OEA y luego lean nuestra respuesta al informe, y que cada cual saque sus propias conclusiones. Sospecho que muchos de aquellos que defienden a rajatabla el informe de la OEA, ni siquiera lo han leído¹⁹”.

Como a OEA não refutou cientificamente os argumentos apresentados nessa variedade de estudos, tende-se a concluir que os mesmos estão corretos, e que o relatório final sobre as eleições de 2019 na Bolívia tem sua credibilidade seriamente questionada.

Portanto, resta que no caso boliviano, um ingrediente diferenciado diz respeito ao papel desempenhado pela OEA no golpe contra Evo Morales, primeiro com a auditoria preliminar, e depois com o relatório final sobre as eleições. Não há dúvidas de que o posicionamento oficial da Organização corroborou para radicalizar a oposição no país e contribuiu definitivamente para que as Forças Armadas exigissem a renúncia do então Presidente, viabilizando o golpe de 10 de novembro. Fica clara a interferência de uma organização internacional manipulada e instrumentalizada para desestabilizar institucionalmente a Bolívia, facilitar a

¹⁸ LONG, Guillaume. La OEA escondió sus hallazgos sobre la auditoría em Bolivia. Disponível em: <https://www.la-razon.com/nacional/2020/09/13/guillaum-long-la-oea-escondio-sus-hallazgos-sobre-la-auditoria-en-bolivia/> Acesso em 15 de setembro de 2020.

¹⁹ LONG, Guillaume. La OEA escondió sus hallazgos sobre la auditoría em Bolivia. Disponível em: <https://www.la-razon.com/nacional/2020/09/13/guillaum-long-la-oea-escondio-sus-hallazgos-sobre-la-auditoria-en-bolivia/> Acesso em 15 de setembro de 2020.

violação de direitos humanos dos cidadãos bolivianos e, tão grave quanto, viabilizar a prisão e o processo de membros do Tribunal Supremo Eleitoral da Bolívia com base em seus relatórios e declarações. Verifica-se, portanto, uma nova modalidade de prática de lawfare por parte da OEA, uma organização internacional.

Sem pretender aprofundar na compreensão do fenômeno conhecido como lawfare, sabe-se que o neologismo é uma contração das palavras em inglês law (direito) e warfare (guerra), que significa literalmente guerra jurídica. O lawfare pode ser entendido como uma forma alternativa de guerra no sentido tradicional, que é o sentido militar, ou seja, fala-se em guerra jurídica assim como se pode falar em guerra psicológica, guerra de informação, guerra tecnológica, guerra econômica, e atualmente até em guerra sanitária por conta da pandemia do coronavírus.

Uma “guerra jurídica” é travada a partir do uso ilegítimo do direito, que pode ser tanto do direito interno quanto do direito internacional, com a intenção de prejudicar supostos inimigos, prejudicando-os na intenção de perseguir seus objetivos políticos. Assim, o lawfare se converte em estratégia de usar do direito e do sistema de justiça como um substituto aos meios militares tradicionais para alcançar um objetivo que pode ser militar, geopolítico ou geoeconômico, por exemplo. Nas palavras de Celso Amorim e Carol Proner, o lawfare pode ser definido enquanto “o uso dos aparatos jurídicos como estratégias não-convencionais para desestabilizar e atingir opositores e adversários políticos”²⁰.

No caso boliviano, defende-se neste trabalho que houve o uso do lawfare pela OEA, tendo em vista que se trata de uma organização internacional, constituída por tratado internacional - a Carta da OEA, com poderes e competência para não apenas observar eleições inclusive presidenciais em seus Estados-membros, mediante acordo, como também para avaliar a higidez dos processos eleitorais via auditorias e elaboração de relatórios, que gozam de inquestionável autoridade e presunção de imparcialidade diante da comunidade internacional.

Cabe aqui salientar apenas alguns dispositivos da Carta da OEA, como o artigo 1º: “A Organização dos Estados Americanos não tem mais faculdades que aquelas expressamente conferidas por esta Carta, nenhuma de cujas disposições a autoriza a intervir em assuntos da jurisdição interna dos Estados membros”; e o artigo 2º, (b): “Para realizar os princípios em que se baseia e para cumprir com suas obrigações regionais, de acordo com a Carta das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos estabelece como propósitos essenciais os seguintes: (...) b) Promover e consolidar a democracia representativa, respeitado o princípio da não-intervenção”. Está, portanto, exposto e inquestionável o princípio da não-ingerência, ou também chamado princípio da autonomia constitucional, ou ainda o princípio da não-intervenção em assuntos internos dos Estados, neste caso dirigido direta-

²⁰ AMORIM, Celso e PRONER, Carol. Lawfare et géopolitique: focus sur l'Amérique Latine. IRIS: ANALYSE #2 – PROGRAMME AMÉRIQUE LATINE / CARAÏBE, Janvier 2021. Disponível em: <https://www.iris-france.org/wp-content/uploads/2021/01/2-Prog-Amerique-Latine-Caraibe-Janvier-2021.pdf> Acesso em 18 de janeiro de 2021.

mente à própria OEA e, obviamente, para todos os seus órgãos, incluindo a secretaria geral. A importância de tal princípio é tamanha, que o mesmo encontra previsão também na Carta das Nações Unidas.

Importante ainda lembrar que a solicitação de auditoria eleitoral por parte do governo boliviano e sua aceitação por parte da secretaria geral da OEA são atos formalizados em acordo internacional, logo obrigatório para ambos, inclusive prevendo expressamente que o resultado, que deverá ser independente e autônomo, será vinculante para as partes²¹.

Ora, como dizer que a auditoria e o relatório sobre as eleições de 2019 na Bolívia apontando fraude – que não pode ser comprovada - não viabilizaram o golpe e, portanto, que não houve a intervenção direta da secretaria-geral da Organização em assunto interno daquele país, em violação clara ao tratado constitutivo da OEA? E ainda, como dizer que não houve violação do acordo de auditoria firmado entre o Estado boliviano e a OEA?

Com relação à eventual intervenção dos EUA nos fatos que levaram ao golpe de estado, e na confecção do próprio relatório fraudulento, observe-se o que diz o artigo 3º da Carta da OEA:

“Os Estados americanos reafirmam os seguintes princípios: a) O direito internacional é a norma de conduta dos Estados em suas relações recíprocas; b) A ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados e pelo cumprimento fiel das obrigações emanadas dos tratados e de outras fontes do direito internacional; (...) e) Todo Estado tem o direito de escolher, sem ingerências externas, seu sistema político, econômico e social, bem como de organizar-se de maneira que mais lhe convenha, e tem o dever de não intervir nos assuntos de outro Estado (...).

Por fim, em relação ao secretário-geral, o artigo 118 do mesmo diploma legal infere que: “No cumprimento de seus deveres, o Secretário-Geral e o pessoal da Secretaria não solicitarão nem receberão instruções de governo algum nem de autoridade alguma estranha à Organização, e abster-se-ão de agir de maneira incompatível com sua condição de funcionários internacionais, responsáveis unicamente perante a Organização.

Diante de todos esses argumentos, resta concluir que houve violação e uso abusivo do direito internacional, no caso concreto da Carta da OEA e do Acordo firmado entre a Bolívia e a Organização para a realização da auditoria eleitoral, com a manipulação dos resultados do relatório final apresentado, tirando proveito da autoridade e da presunção de imparcialidade da atuação de Organização de tamanho prestígio como a OEA. E a responsabilidade direta é da secretaria geral na pessoa de seu chefe, Luiz Almagro.

²¹ OEA. Organización dos Estados Americanos. Análisis de Integridad Electoral. Elecciones Generales en el Estado Plurinacional de Bolivia. 20 de octubre de 2019. INFORME FINAL. Disponível em: [http://www.oas.org/es/sap/deco/Informe-Bolivia-2019/0.1%20Informe%20Final%20-%20Análisis%20de%20Integridad%20Electoral%20Bolivia%202019%20\(OSG\).pdf](http://www.oas.org/es/sap/deco/Informe-Bolivia-2019/0.1%20Informe%20Final%20-%20Análisis%20de%20Integridad%20Electoral%20Bolivia%202019%20(OSG).pdf) Acesso em 18 de fevereiro de 2021.

3. Por que se entende que houve um golpe na Bolívia?

Em menos de três semanas, Evo Morales se declarou vencedor das eleições, renunciou à presidência da Bolívia, e denunciou ter sido vítima de um golpe civil, político, militar e policial. A renúncia ocorreu poucas horas depois de o comandante das Forças Armadas da Bolívia, general Williams Kaliman, declarar que o Presidente deveria deixar o cargo, no intuito de resolver o impasse da crise política que assolava o país desde as eleições presidenciais de 20 de outubro de 2019. Houve uma combinação de milícias irregulares, atos terroristas, apoiados numa narrativa midiática e numa ação diplomática antiga e contínua dos EUA que legitimaram e potencializaram o golpe contra Evo Morales, atingindo inclusive toda a linha de sucessão presidencial.

As forças de oposição desencadearam mobilizações políticas para atacar manifestantes do MAS e praticar atos terroristas, em um movimento coordenado de Santa Cruz para La Paz. A partir de determinado momento, a Polícia atuou para facilitar a ação dos paramilitares. Houve a prática de atos de violência, humilhação de autoridades eleitas, invasão, pilhagem e queima de casas, sequestros e ameaças de membros da família de Evo Morales²². A narrativa midiática coordenada por ONGs financiadas por fundos internacionais deu respaldo ao discurso da ‘revolução cidadã’ culpando o governo pela violência; ao mesmo tempo em que se forjou um apagão da emissora oficial, a TV Bolívia, neutralizando a contra narrativa e ao mesmo tempo em que se articulou um ciber-ataque nas redes sociais a partir de *fake news*²³.

Por outro lado, tudo indica que as denúncias de fraude eleitoral foram construídas artificialmente, até porque não se aguardou o resultado da auditoria preliminar da OEA antes do início dos protestos e tampouco a atitude negociadora do governo foi suficiente para evitar os confrontos. Acrescente-se que os representantes da OEA mantiveram desde o princípio uma atitude hostil ao governo, contribuindo de maneira definitiva para todo o processo de criminalização de Evo Morales.

Evo Morales foi substituído por Janine Áñez, senadora branca, de direita, cristã e pouco conhecida, vinda da região do país onde se concentra a elite minoritária de ascendência europeia. Logo que assumiu o poder, autodeclarando-se Presidente, promoveu o massacre de dezenas de manifestantes indígenas e garantiu imunidade aos militares responsáveis. Dez meses depois, Janine Áñez continua a governar a Bolívia como “presidente interina” apesar de nunca ter concorrido à Presidência da Bolívia.

²² GRUPO DE PUEBLA. Hoja de ruta para el restablecimiento de la paz y la democracia en bolivia. Disponível em: https://www.grupodepuebla.org/hoja-de-ruta-para-el-restablecimiento-de-la-paz-y-la-democracia-en-bolivia/?fbclid=IwAR3848RIHr16cia0snCSwNHF_itiKatYS00PchaeTujFsNaG90nuQILPpMo Acesso em 16 de setembro de 2020.

²³ GUEVARA, Claudio Fabián. Cinco estratégias da guerra híbrida na Bolívia. Disponível em: <http://www.iela.ufsc.br/noticia/cinco-estrategias-da-guerra-hibrida-na-bolivia> Acesso em 16 de setembro de 2020.

Desde as convulsões que obrigaram o Presidente eleito Evo Morales a deixar o país, inúmeras técnicas de perseguição judicial, que configuram abusos do sistema jurídico para fins políticos, contra lideranças do MAS e contra o próprio partido foram empregadas na Bolívia, visando impedir que qualquer projeto progressista e anti-neoliberal chegasse ao poder. Janine Áñez entrou na disputa eleitoral com a clara estratégia de ganhar tempo para inviabilizar a candidatura do MAS através da prática de lawfare. Foram três prorrogações da data do pleito. A última delas provocou uma gigantesca mobilização de camponeses favoráveis ao MAS, que bloquearam as estradas bolivianas em centenas de pontos ao mesmo tempo, exigindo a imediata realização das eleições, marcadas finalmente para 18 de outubro.

No dia 20 de agosto Evo Morales foi denunciado pelo Ministério da Justiça por estupro de uma jovem de 19 anos, e no dia 24 outra denúncia por estupro foi apresentada contra o ex-Presidente. Essas denúncias contra o ex-presidente tomaram conta do debate político na época na Bolívia, e de acordo com o MAS, partido de Morales, foram incentivadas pelo então governo interino golpista, com objetivos políticos em meio à campanha para as eleições presidenciais e legislativas, que estavam marcadas para 18 de outubro.

Evo Morales candidatou-se ao Senado boliviano pelo distrito de Cochabamba nas eleições de 18 de outubro de 2020, sendo que sua candidatura foi objeto de impugnação pela justiça boliviana, no dia 7 de setembro de 2020, sob a fragilíssima alegação de não cumprimento do critério “residência permanente”, uma vez que não foram entregues ao Tribunal documentos que comprovavam domicílio fixo no distrito. Ora, é fato que o ex-Presidente só não estava na Bolívia em razão do risco a sua integridade física após o golpe que sofreu em 2019, quando sua casa foi invadida e depredada.

Mas há outros indícios muito fortes de que de fato houve um golpe de Estado na Bolívia, e que ligam os Estados Unidos ao golpe desde o início. Por exemplo, em maio de 2019, a participação do Brasil no processo foi clara. Camacho, um dos líderes da oposição, se reuniu com Ernesto Araújo, o chanceler brasileiro, para pedir seu apoio à campanha presidencial. É notório que Ernesto Araújo é um dos principais interlocutores dos Estados Unidos na América do Sul, e esta viagem é considerada um indício muito forte da atuação estadunidense no processo de ruptura institucional, até porque movimento semelhante ocorreu na Venezuela em fevereiro de 2019, quando o ministro das relações exteriores brasileiro se encontrou com Juan Guaidó em meio a tentativas de desestabilizar o governo de Nicolás Maduro.

Por outro lado, o secretário-geral da OEA, Luis Almagro, tem sido fortemente criticado por colaborar com os Estados Unidos na desestabilização de governos não alinhados. Desde o início de seu mandato em 2015, a OEA tem demonstrado uma profunda inclinação a favor dos interesses estadunidenses. Almagro apoiou abertamente a tentativa fracassada de golpe na Venezuela, guardou silêncio por ocasião da violenta repressão aos protestos massi-

vos no Chile e permitiu a adoção do relatório fraudulento sobre as eleições de 2019 na Bolívia. Em todos esses casos, a OEA apoiou incondicionalmente a posição dos Estados Unidos.

Inclusive, foi apresentada uma reclamação internacional contra o secretário-geral da OEA Luis Almagro, contra a Missão de Observadores Eleitorais da OEA, chefiada por Manuel González, e também contra os auditores e responsáveis pela assinatura dos relatórios preliminares e do relatório final do referido órgão sobre as eleições gerais de 2019 na Bolívia, por violação dos direitos humanos. A reclamação foi assinada pela Associação das Mães da Plaza de Mayo, a Liga Argentina de Direitos Humanos e o ganhador do Prêmio Nobel da Paz, Adolfo Pérez Esquivel, e foi apresentada a Michelle Bachelet, na qualidade de Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos. O foco da reclamação está no cometimento de ações intervencionistas contra a soberania boliviana, que levaram à derrubada de Evo Morales, à desestabilização da democracia e que culminou em golpe, com mortos e feridos, mais de mil detidos ilegalmente, e que se baseiam em uma suposta fraude eleitoral que não pode ser comprovada. Os fundamentos jurídicos da reclamação estão na violação da Carta das Nações Unidas, da Carta da OEA, da Carta Democrática Interamericana e das resoluções gerais da OEA, transgredindo o direito internacional e a soberania nacional do Estado Plurinacional da Bolívia.

Outro indício do golpe foi visto no comentário que o Diretor-Executivo da Tesla, empresa fabricante de carros elétricos, postou no Tweeter em julho de 2020, apoiando o golpe na Bolívia. A mensagem foi considerada reveladora das motivações imperialistas da elite dos EUA contra os povos oprimidos das Américas e do interesse das empresas transnacionais na Bolívia. O tweeter dizia: “Atacaremos quem quisermos! Lide com isso”. A postagem foi excluída horas depois, mas a repercussão já não pode mais ser impedida. Como se sabe, a Bolívia possui a maior reserva mundial de lítio, metal alcalino utilizado na produção de baterias.

Por fim, ainda há suspeita sobre uma viagem que o Ministro de Governo de Jeanine Áñez, Arturo Murillo, fez a Washington em 28 de setembro. O motivo oficial da viagem foi outro, mas sabe-se que Murillo foi recebido pelo Secretário-Geral da OEA. Em seguida, de forma surpreendente, a OEA confirmou seu papel de observadora nas eleições bolivianas, sendo os chefes da missão de observação os mesmos que atuaram em 2019, ou seja, os autores do fraudulento relatório final das eleições de 2019, cúmplices do golpe contra a democracia na Bolívia.

Esta participação foi considerada um grande risco para as novas eleições de 18 de outubro, e deixou claro que o pano de fundo de todo este processo esteve marcado pela ação imperialista estadunidense.

Nesse cenário, a estratégia do MAS foi fortalecer a candidatura de Luis Arce, que foi Ministro da Economia de Evo, com grande potencial para disputar o voto de eleitores centristas, atraídos a votar no principal candidato opositor, o empresário Carlos Mesa²⁴. A

²⁴ O neoliberal Carlos Mesa impulsionou a escalada golpista de 2019 sem se comprometer com o extremismo de Áñez e de Camacho. Dono de uma empresa de comunicação de massa, era o vice-presidente em outubro de

divulgação de pesquisas anunciando a vitória de Arce no primeiro turno levou a uma tentativa de unificação eleitoral das forças políticas conservadoras que se aliaram no golpe de Estado de 2019, com a retirada da candidatura de Janine Añez no dia 17 de setembro de 2020. De acordo com Fuser e Castro, “Na prática, essa é uma tarefa complicada, seja pelas ambições políticas envolvidas, seja pela rivalidade regional que divide a Bolívia entre a região andina marcada pela forte presença indígena no oeste, onde se situa La Paz, e as planícies do leste, a região da Meia Lua, onde se destaca a cidade de Santa Cruz, reduto da elite branca do agronegócio e da direita mais agressiva.²⁵” Por conseguinte, a unificação das forças conservadoras não foi possível e colaborou para a vitória do candidato do MAS.

As eleições presidenciais de 2020 propiciaram, de maneira absolutamente inconteste, a reversão do golpe boliviano, com a vitória avassaladora de Luis Arce, candidato do MAS, gerando grande impacto muito além das fronteiras da Bolívia. Esse resultado poder sinalizar, na esteira da eleição da dupla Alberto Fernández e Cristina Kirchner na Argentina, para uma retomada do protagonismo da esquerda na região. Aliás, a presença da liderança “progressista” na Argentina pode ter sido um elemento importante para a afirmação da vitória do MAS, muito diferente do que aconteceu em 2019, quando o país estava cercado por Jair Bolsonaro e Mauricio Macri. Resta aguardar os processos eleitorais nos países latino-americanos nos próximos anos para avaliar a magnitude do referido impacto.

As razões acima apontadas são algumas daquelas que fundamentam o entendimento de que houve um golpe de Estado na Bolívia, e que esse golpe deve ser analisado dentro da perspectiva da nova ofensiva estadunidense de aniquilar os governos progressistas na América Latina, por meio da estratégia de guerras híbridas, incluindo as técnicas de lawfare. Nos últimos anos, e especialmente naquela região, foram postos em prática os chamados “novos métodos” de guerra, chamados também de golpes de novo tipo, golpes brandos, golpes judiciais, parlamentares, midiáticos, econômicos, lawfare. Entretanto, no golpe boliviano as Forças Armadas tiveram um papel substancial, e é fato que em outros países, como no Brasil, os militares voltaram à cena política. Por isso, quando são combinadas várias estratégias de guerra simultaneamente ou sequencialmente se fala em guerra híbrida. Parece que uma das lições importantes que se deve aprender com o ocorrido na Bolívia é não pensar que os golpes clássicos desapareceram, pois eles continuam presentes, embora dividindo a cena com novos instrumentos e com os golpes de novo tipo.

2003, quando o então presidente Gonzalo Sánchez de Lozada fugiu para os EUA após massacrar manifestantes que reivindicavam a nacionalização das jazidas de gás natural. Assumiu o governo, mas renunciou dois anos depois, em meio a uma crise provocada pela sua recusa em assinar uma lei, votada em plebiscito e aprovada pelo Congresso, com essa mesma medida. FUSER, Igor e CASTRO, Fábio. A Bolívia reabre a disputa pela América Latina. Outras Palavras. Disponível em: <https://outraspalavras.net/estadoemdisputa/bolivia-reabre-a-disputa-pela-america-latina/#sdfootnote3sym> Acesso em: 06 de outubro de 2020.

²⁵ FUSER, Igor e CASTRO, Fábio. A Bolívia reabre a disputa pela América Latina. Outras Palavras. Disponível em: <https://outraspalavras.net/estadoemdisputa/bolivia-reabre-a-disputa-pela-america-latina/#sdfootnote3sym> Acesso em: 06 de outubro de 2020.

4. Considerações finais: o que está por detrás do golpe na Bolívia

A análise do ocorrido na Bolívia deve ser contextualizada internacionalmente, e no que interessa nessa análise, principalmente no contexto regional latino-americano. Há muitas semelhanças entre a situação da Bolívia e a do Brasil, por exemplo, embora os golpes não tenham sido do mesmo tipo. Também há semelhanças com as tentativas de golpe na Venezuela.

O golpe na Bolívia, assim como o golpe no Brasil e as tentativas de golpe na Venezuela, não tinham como objetivo tão somente a derrubada de Evo Morales, Lula e Nicolás Maduro. Os interesses imperialistas almejam destruir a ideia e o legado de qualquer pensamento progressista na região.

Na Bolívia, Evo Morales foi derrubado e todas as evidências sugerem que não houve fraude alguma nas eleições de outubro de 2019. As justificativas dos setores golpistas sempre giram em torno da ideia de proteção da democracia e dos direitos humanos, mas as razões são outras, de cunho geopolítico e geoeconômico.

A Bolívia é rica em lítio, elemento metálico processado a partir do zinco concentrado, e usado na indústria de tecnologia. As duas maiores fontes de lítio estão no Canadá e na Bolívia, sendo que os depósitos do Canadá têm o potencial de produzir 38,5 toneladas por ano, enquanto as minas da Bolívia são capazes de produzir 80 toneladas anualmente²⁶. Ademais, a Bolívia apostou na estratégia de industrialização do lítio no país, tendo como fundamento a vantagem comparativa de possuir as maiores reservas dessa matéria-prima no mundo.²⁷

Portanto, na Bolívia há o lítio e uma variedade de outros metais, no Brasil há o pré-sal e a Amazônia, além de muitos outros recursos, e na Venezuela há o petróleo. Além das riquezas naturais, há o exemplo alternativo que não deve ser copiado: trata-se do que Vijay Prajad chama de “socialismo de recursos”, “um socialismo que vende seus recursos, cobra um preço justo por eles e volta isso para o povo com o objetivo de acabar com a fome, vencer o analfabetismo, ampliar o acesso à moradia e outras coisas”. Para corroborar sua tese, o ativista indiano cita o projeto da ALBA (Alternativa Bolivariana para as Américas), que propunha uma alternativa à globalização, que seria ‘uma globalização dos povos’. Essa era a

²⁶ PRASHAD, Vijay. O golpe na Bolívia tem a ver com a tela que você usa para ler este texto. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/11/21/o-golpe-na-bolivia-tem-a-ver-com-a-tela-que-voce-esta-usando-para-ler-este-artigo> Acesso em 16 de setembro de 2020.

²⁷ FUSER, Igor e CASTRO, Fábio. A Bolívia reabre a disputa pela América Latina. Outras Palavras. Disponível em: <https://outraspalavras.net/estadoemdisputa/bolivia-reabre-a-disputa-pela-america-latina/#sdfootnote3sym> Acesso em: 06 de outubro de 2020. Acrescentam: “A empresa canadense South American Silver Corporation – agora TriMetals Mining – havia assinado um contrato de concessão com o governo boliviano para explorar o lítio. Os trabalhos começaram em 2003, dois anos antes de Evo Morales assumir a presidência na Bolívia. A partir de 2006, o governo passou a implementar sua agenda de nacionalização dos recursos naturais do país em prol de políticas de justiça social, frustrando os planos da empresa canadense, e de outras companhias transnacionais que exploravam petróleo e gás.”

promessa alternativa da ALBA, e ela tinha que ser destruída a fim de preservar os interesses imperialistas²⁸.

No Brasil verificou-se um golpe parlamentar travestido de legalidade por meio da figura do impeachment, contra uma Presidenta legitimamente eleita. Em seguida, assistiu-se à continuidade do golpe parlamentar pela via judicial com o objetivo de impedir a candidatura às eleições presidenciais de 2018 do candidato favorito, o ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva, o que resultou em sua prisão e na eleição do candidato de extrema-direita. O golpe judicial foi implementado por meio da famosa “Operação Lava-Jato”.

Portanto, é necessário destruir tudo e todos aqueles que possam constituir em ameaça aos interesses capitalistas transnacionais. Na contramão dos governos neoliberais, os governos progressistas põem a tônica nas políticas sociais e diferem na decisão sobre o modo de inserção no mercado internacional. Rejeitam as políticas de livre comércio com países hegemônicos e priorizam as iniciativas destinadas à integração regional e sub-regional.

Cronologicamente, na América Latina houve as ditaduras militares na segunda metade do século XX, nos anos 90 houve a generalização dos governos neoliberais que sucederam essas ditaduras militares, e dessas políticas neoliberais vieram as crises, que propiciaram a ascensão de governos progressistas de rejeição à cartilha neoliberal. É o caso de Hugo Chávez em 1998, Lula em 2002 e Evo Morales na Bolívia em 2005, entre outros. Nesse contexto e após o enterro da proposta da ALCA em 2005, viu-se o fortalecimento do Mercosul, com a inclusão da Venezuela, a criação da Unasul – União das Nações Sul-Americanas, em 2008 e a criação da CELAC – Comunidade de Estados Latino-Americanos e Caribenhos em 2010. Esses fatos apontados, somados a outros fatos importantes, demonstraram uma certa maturidade política na região e, como reação, provocaram a resistência de setores hegemônicos em reconhecer um processo de emancipação democrática progressista na América Latina, onde se localiza mais da metade de todos os recursos naturais do planeta.

O mapa político de governos progressistas abarcava então em torno de uma dezena de países em uma década e isso iria crescendo para a América Central, para as Antilhas, para o Caribe, o quê os interesses hegemônicos não poderiam permitir. É justamente em contraposição a esse processo, que se desenha a nova onda de intervenções e golpes na região. Conforme Gisele Ricobom e Paulo Petri, “A nova dinâmica mundial deve ser compreendida à luz da globalização econômica e do sistema financeiro mundial. As potências globais que controlam os centros financeiros, ainda que não declinem do uso da força, utilizam de todos os meios e instrumentos para proteção dos interesses nacionais. Trata-se de uma nova forma de guerra, readequada aos tempos neoliberais, de uma guerra irrestrita”²⁹.

²⁸ MARIN, Pedro. Vijay Prashad: Imaginar que o imperialismo não existe é um luxo. Brasil de Fato. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/08/29/vijay-prashad-imaginar-que-o-imperialismo-nao-existe-e-um-luxo> Acesso em: 09 de outubro de 2020.

²⁹ RICOBOM, Gisele e PETRI, Paulo. Lawfare internacional e a judicialização da política no Brasil. In: Proner, Carol; Cittadino, Gisele; Ricobom, Gisele; Dornelles, João R. (Org.). Comentários a um acórdão anunciado: o processo Lula no TRF4. 1ed. São Paulo: Outras Expressões, 2018, v. 1, p. 217-221, p. 219.

A América Latina, com as ditaduras militares, e depois com as pseudodemocracias, sempre foi território colonial dominado pela política externa estadunidense. Por isso, o esforço de governos progressistas na tentativa de implantar modelos políticos e econômicos diferentes, independentes e verdadeiramente soberanos, bateu de frente com a ingerência hegemônica e os interesses do capital transnacional. É aí que se deve buscar a explicação para os golpes, bem sucedidos ou fracassados, a partir do início do novo século, visando conter a virada progressista na região. O golpe de estado na Bolívia está inserido nesse contexto, e foi articulado com a utilização complexa de várias estratégias, desde a estratégia militar até o lawfare no âmbito do sistema jurídico nacional boliviano, passando pelo lawfare empregado pela Organização dos Estados Americanos, variação de extrema periculosidade.

Referências

AMORIM, Celso e PRONER, Carol. **Lawfare et géopolitique: focus sur l'Amérique Latine**. IRIS: ANALYSE #2 – PROGRAMME AMÉRIQUE LATINE / CARAÏBE, Janvier 2021. Disponível em: <https://www.iris-france.org/wp-content/uploads/2021/01/2-Prog-Amerique-Latine-Caraibe-Janvier-2021.pdf>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

CURIEL, John and WILLIAMS, Jack R. 2020. **“Analysis of the Quick Count in the 2019 Bolivia Election.”** Disponível em: https://cepr.net/wp-content/uploads/2020/03/Bolivia_report_Jack_John.pdf. Acesso em 16 de setembro de 2020.

FUSER, Igor e CASTRO, Fábio. **A Bolívia reabre a disputa pela América Latina**. Outras Palavras. Disponível em: <https://outraspalavras.net/estadoemdisputa/bolivia-reabre-a-disputa-pela-america-latina/#sdfnote3sym>. Acesso em: 06 de outubro de 2020.

GRUPO DE PUEBLA. CLAJUD – Conselho Latino-americano de Justiça e Democracia. **Análise sobre o papel da Organização dos Estados Americanos (OEA) nas eleições bolivianas de outubro de 2019**. Disponível em: <https://www.grupodepuebla.org/analysis-respecto-del-rol-desempenado-por-la-organizacion-de-estados-americanos-oea-en-las-elecciones-bolivianas-de-octubre-de-2019/>. Acesso em 16 de setembro de 2020.

GRUPO DE PUEBLA. **Hoja de ruta para el restablecimiento de la paz y la democracia en bolivia**. Disponível em: https://www.grupodepuebla.org/hoja-de-ruta-para-el-restablecimiento-de-la-paz-y-la-democracia-en-bolivia/?fbclid=IwAR3848RIHrI6cia0snCSwNHF_itlKatYS00PchaeTujFsNaG90nuQIL-PpMo. Acesso em 16 de setembro de 2020.

GUEVARA, Claudio Fabián. **Cinco estratégias da guerra híbrida na Bolívia**. Disponível em: <http://www.iela.ufsc.br/noticia/cinco-estrategias-da-guerra-hibrida-na-bolivia> Acesso em 16 de setembro de 2020.

IDROBO, Nicolás; KRONICK Dorothy and RODRÍGUEZ, Francisco. 2020. **“Do shifts in late-counted votes signal fraud? Evidence from Bolivia”**. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3621475 Acesso em 16 de setembro de 2020.

ITAMARATY. **Ministério das Relações Exteriores**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/21464-reeleicao-de-luis-almagro-como-secretario-geral-da-organizacao-dos-estados-americanos-oea>. Acesso em 02 de setembro de 2020.

JOHNSTON, Jake y ROSNICK, David. 2020. “**Observando a los observadores: la OEA y las elecciones bolivianas de 2019**”. Disponível em: <https://cepr.net/wp-content/uploads/2020/06/Spanish-Report-Final.pdf>. Acesso em 16 de setembro de 2020.

JORNALISTAS LIVRES. “**Que países negaram passagem ao avião de Evo Morales?**”. Disponível em: <https://jornalistaslivres.org/que-paises-negaram-passage-m-a-aviao-de-evo-morales/>. Acesso em 02 de outubro de 2020.

LAMBERT, Renaud. “Um golpe de Estado demasiado fácil en Bolivia”. **Le Monde Diplomatique**, dezembro de 2019. Disponível em: <https://mondiplo.com/un-golpe-de-estado-demasiado-facil-en-bolivia>. Acesso em: 10 de outubro de 2020.

LONG, Guillaume. **La OEA escondió sus hallazgos sobre la auditoría em Bolivia**. Disponível em: <https://www.la-razon.com/nacional/2020/09/13/guillaum-long-la-oea-escondio-sus-hallazgos-sobre-la-auditoria-en-bolivia/>. Acesso em 15 de setembro de 2020.

LONG, Guillaume; ROSNICK, David; KHARRAZIAN, Cavan and CASHMAN, Kevin. 2019. “**¿Qué sucedió en el recuento de votos de las elecciones de Bolivia de 2019?**”. Disponível em: <https://cepr.net/report/que-sucedio-en-el-recuento-devotos-de-las-elecciones-de-bolivia-de-2019/>. Acesso em 16 de setembro de 2020.

OEA. Organização dos Estados Americanos. Análisis de Integridad Electoral. **Elecciones Generales en el Estado Plurinacional de Bolivia**. 20 de octubre de 2019. INFORME FINAL. Disponível em: [http://www.oas.org/es/sap/deco/Informe-Bolivia-2019/0.1%20Informe%20Final%20-%20Analisis%20de%20Integridad%20Electoral%20Bolivia%202019%20\(OSG\).pdf](http://www.oas.org/es/sap/deco/Informe-Bolivia-2019/0.1%20Informe%20Final%20-%20Analisis%20de%20Integridad%20Electoral%20Bolivia%202019%20(OSG).pdf). Acesso em 18 de fevereiro de 2021.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Comunicado sobre campaña de desinformación en torno al rol de la OEA en las elecciones de Bolivia**, 16 de junio de 2020. Disponível em: https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-064/20 Acesso em 16 de setembro de 2020.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Declaração da Missão de Observação Eleitoral da OEA na Bolívia**. Disponível em: https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-085/19. Acesso em 16 de setembro de 2020.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Estadísticas por país**. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Funcionarias y funcionarios**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/personal.asp>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **CIDH**. Informe Anual 2018. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/docs/IA2018cap.2-es.pdf>. Acesso em 29 de agosto de 2020.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **CIDH**. Informe Anual 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/indice.asp>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Reeleição de Luis Almagro como Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA)**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/21464-reeleicao-de-luis-almagro-como-secretario-geral-da-organizacao-dos-estados-americanos-oea>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Relatório final da auditoria das eleições na Bolívia: houve manipulação e graves irregularidades que impossibilitaram a validação dos resultados**. Disponível em: https://www.oas.org/pt/centro_midia/nota_imprensa.asp?sCodigo=P-109/19. Acesso em 02 de setembro de 2020.

PRASHAD, Vijay. **O golpe na Bolívia tem a ver com a tela que você usa para ler este texto**. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/11/21/o-golpe-na-bolivia-tem-a-ver-com-a-tela-que-voce-esta-usando-para-ler-este-artigo>. Acesso em 16 de setembro de 2020.

RICOBOM, Gisele e PETRI, Paulo. Lawfare internacional e a judicialização da política no Brasil. In: Proner, Carol; Cittadino, Gisele; Ricobom, Gisele; Dornelles, João R. (Org.). **Comentários a um acórdão anunciado: o processo Lula no TRF4**. 1ed. São Paulo: Outras Expressões, 2018, v. 1, p. 217-221, p. 219.

ROSNICK, David. 2019. **“Unnatural Claims in a ‘Natural Experiment’: Escobari and Hoover on the 2019 Bolivian Elections”**. Disponível em: <https://cepr.net/report/publications-reports-unnatural-claims-in-a-natural-experiment-escobariand-hoover-on-the-2019-bolivian-elections/>. Acesso em 16 de setembro de 2020.

SENRA, Ricardo. **Brasileiro secretário da OEA para direitos humanos é demitido às vésperas de relatório sobre milícias e ataques a minorias no Brasil**. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2020/08/28/brasileiro-secretario-da-oea-e-demitido-as-vesperas-de-relatorio-sobre-milicias-e-ataques-a-minorias-no-brasil.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 29 de agosto de 2020.

ZAFFARONI, Raul e FERREIRA, Raúl Gustavo. **Lawfare na Bolívia. Carta Maior**. Disponível em: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Pelo-Mundo/Lawfare-na-Bolivia/6/47662>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

A stylized map of South America, primarily in shades of red and pink, with blue lines representing major rivers. The map is overlaid with numerous colorful handprints in various colors including green, yellow, orange, and blue. The text is positioned on the left side of the map.

**CORTE INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS
E CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE:
IMPACTOS NO BRASIL**

PARTE II

HÁ UM DIÁLOGO JURISDICIONAL ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS? UMA ANÁLISE A PARTIR DAS MEDIDAS DE NÃO-REPETIÇÃO DO CASO GOMES LUND E OUTROS V. BRASIL*

MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL**
MARIA VALENTINA DE MORAES***

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Jurisdição nacional e internacional: a medida cautelar na suspensão de liminar 1.326; 3. A decisão do caso *gomes lund e outros v. Brasil*: aprendemos e conhecemos ou precisamos recordar? 4. Conclusão. Referências.

* Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (*Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers*) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

** Com Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. E-mail: <moniah@unisc.br>.

*** Doutoranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES e bolsa CAPES no Processo nº. 88887.156773/2017-00, Edital PGC1 nº 02/2015, Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile - CECOCH (Chile). Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos”, vinculado ao CNPq e coordenado pela Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2400734786644430>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8298-5645>. E-mail: <mariavalentina.23@hotmail.com>.

1. Introdução

O Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil foi julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em novembro de 2010, tornando-se a primeira condenação do país relativa aos fatos ocorridos no período ditatorial brasileiro, na qual foram fixadas reparações relativas à investigação penal dos fatos, determinação do paradeiro das vítimas e seus restos mortais, fornecimento de tratamento psicológico, realização de ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional quanto aos fatos, publicação da sentença, adequações legislativas internas, ações de capacitação do pessoal das Forças Armadas em direito humanos, sistematização de informações sobre os fatos ocorridos, dentre outras.

No ano em que a condenação completa 10 anos, novas discussões sobre alusões positivas ao período ditatorial brasileiro voltaram à pauta, especialmente a partir da publicação de texto alusivo ao dia 31 de março de 1964 – data referente ao início do período ditatorial no país - no sítio eletrônico do Ministério da Defesa. A publicação foi objeto de uma Ação Popular, apresentada ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, tendo o Ministro Dias Tóffoli concedido Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.326, determinando a manutenção do texto alusivo ao dia 31 de março de 1964, referente à ação. A decisão proferida em maio novamente voltou à cena após a Secretaria Especial de Comunicação Social, em razão do encontro do Presidente Jair Bolsonaro com o Tenente-Coronel Sabastião Curió, realizar uma publicação, em suas redes sociais oficiais, exaltando a atuação do Tenente como um “herói” frente às ameaças da Guerrilha do Araguaia, utilizando-se a SECOM, posteriormente, da decisão proferida por Tóffoli para justificar a permanência da postagem, reforçando a impossibilidade de juízos de censura de um Poder em relação aos demais, como uma autorização judicial para que o Poder Executivo avalie o conteúdo de suas manifestações.

Utilizando-se o método dedutivo, questiona-se, diante das controvérsias sociais e judiciais sobre os fatos e as diretrizes fixadas pela Corte IDH quanto ao tema, ressaltando a importância de se conhecer a verdade e se criar uma cultura que previna novas violações, se o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, no caso, um diálogo com a Corte IDH, reconhecendo os parâmetros por ela fixados quanto ao tema. Após trazer breves apontamentos sobre o controle de constitucionalidade e de convencionalidade, serão analisadas as decisões judiciais referidas e, por fim, o Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil.

2. Jurisdição nacional e internacional: a medida cautelar na suspensão de liminar 1.326

Foram adotados, no Brasil, quanto às formas de controle de constitucionalidade, tanto características dos sistemas norte americano como do europeu, existindo no ordenamento pátrio “elementos do sistema difuso e do sistema concentrado de constituionali-

dade, ensejando-se *modelo híbrido* ou *misto* de controle”¹. É na Constituição de 1988 que o sistema abstrato de controle se consolida no ordenamento pátrio - embora já previsto em Constituições anteriores. Tem-se, assim, na figura do Supremo Tribunal Federal, uma posição de destaque, detendo o órgão judicial a palavra final quando se trata de interpretar e aplicar normas constitucionais, tanto no caso da análise de normas em abstrato (pela via do controle concentrado de constitucionalidade), quanto ao realizar o controle incidental (pela via do controle difuso, por meio do Recurso Extraordinário)², sendo essa larga competência, muitas vezes, objeto de crítica.

Eventual protagonismo do mais alto Tribunal brasileiro propiciaria uma supremacia judicial ao outorgar ao Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, a “última palavra” sobre o sentido e o alcance da Constituição. Sob outro enfoque, Klatt³ defende o que seria uma saída para a questão da supremacia do controle jurisdicional, rebatendo o argumento recorrente de que as intervenções do Poder Judiciário careceriam de legitimidade, entendendo que “ao invés de adotar um único modelo de controle jurisdicional, forte ou fraco, os Tribunais devem adotar uma abordagem flexível que permita uma maior gama de níveis de intensidade de controle judicial”. Discussões sobre a legitimidade da atuação judicial, ativismo judicial e judicialização se tornam frequentes - especialmente em decorrência do Supremo Tribunal Federal ser, por força do artigo 102 da Constituição Federal, o seu intérprete - colocando a relação entre Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em constante debate.

Em contraposição às teorias que sustentam uma última palavra judicial definitiva ou mesmo que apostam na supremacia legislativa como melhor solução, as teorias dialógicas se apresentam como um ponto de equilíbrio, sustentando-se no reconhecimento das fragilidades de cada Poder do Estado⁴, entendendo que “cada espaço de poder possui características que o potencializam ou o inibem para a realização de tomada de decisões”⁵. Essa interlocução permite uma articulação entre os Poderes que se pautem na existência de uma última palavra apenas “parcialmente definitiva”⁶, que apresente os pontos superados da decisão anterior, voltada à busca de uma melhor decisão.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 719, grifado no original.

² ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

³ KLATT, Matthias. Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Trad. Carlos Luiz Strapazzon. Florianópolis, 2015. p. 215–266. p. 221.

⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

⁵ CLÈVE, C. M.; LORENSETTO, B. M. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2., n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. p. 189.

⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. 219 f. Tese: Doutorado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

Para além da relação entre Poderes do Estado, a atuação do Supremo Tribunal Federal possui ainda outro balizador, pois sua interpretação não deve somente estar adequada à Constituição, como requisito de validade e eficácia, como também estar em consonância com a ordem internacional, ou seja, “as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição (controle de constitucionalidade) quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país onde vigora tais normas (controle de convencionalidade)”⁷.

Sendo o Brasil signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e tendo reconhecido a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 2002, por meio do Decreto n. 4.463, autoriza a análise da convencionalidade das leis internas pela Corte, a qual “apenas julga se o Estado é ou não responsável por violações à Convenção Americana”⁸. As decisões da Corte são, portanto, definitivas e obrigatórias aos Estados (tanto em sua parte dispositiva – eficácia *inter partes* – quanto sua fundamentação – *res interpretata*, com eficácia *erga omnes*, vinculando todos os Estados).

A Corte Interamericana não atua, portanto, como uma quarta instância, mas sim como um resultado da vontade dos países que foram signatários do Pacto de San José, sendo responsável pela análise das violações dos Estados às disposições do mesmo. Interessante referir, com Leal⁹, que “também o fenômeno do ativismo judicial pode ser aplicado às Cortes Internacionais” e, mesmo sendo as sentenças da Corte IDH vinculantes, a sua atuação pode - e deve - ser discutida.

O que deve existir, portanto, é um debate acerca das determinações trazidas nas sentenças, de forma que o Supremo Tribunal Federal e também os Poderes Executivo e Legislativo mantenham seus espaços decisórios, sem ignorar, contudo, a existência da Convenção Americana e sua incorporação, como tratado, ao direito interno, pois “el Estado debe adoptar todas las medidas para que aquello establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo determina el artículo 2º de la Convención”¹⁰.

Observa-se que o controle de convencionalidade não é realizado exclusivamente pela Corte IDH, devendo dar-se também no âmbito interno, pelos juízes singulares e tribunais nacionais, de forma a proferir decisões em consonância com o *corpus iuris* interamericano,

⁷ GUERRA, S. A proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da Corte Interamericana e o controle de convencionalidade. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 32, julho/dezembro 2012. p. 341-366. p. 19.

⁸ GORCZEVSKI, C. *Direitos Humanos, Educação e Cidadania: conhecer, educar, praticar*. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2016. p. 187.

⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, setembro/dezembro 2014. p. 123-140. p. 134.

¹⁰ NOGUERIA ALCALÁ, Humberto. Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad: entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, v. XIX, 2013 A. p. 511-553. p. 515.

“debiendo realizar una interpretación de éste, considerando la jurisprudencia de la CIDH, si existe, sobre la materia”¹¹. Não apenas os juízes nacionais tornam-se intérpretes e estão vinculados às decisões interamericanas, também os órgãos vinculados à administração da justiça e as autoridades públicas como um todo já foram definidas como destinatárias das normas convencionais e, portanto, responsáveis por sua aplicação¹².

Nesse contexto de articulação entre Poderes e entre Cortes, a postagem de nota alusiva ao dia 31 de março, por parte do Ministério da Defesa, em seu sítio eletrônico, reforçou a discussão sobre as competências de cada um dos Poderes, tendo seu desfecho, mais uma vez, no Supremo Tribunal Federal. A nota afirma que “o Movimento de 1964 é um marco para a democracia brasileira. O Brasil reagiu com determinação às ameaças que se formavam àquela época”, além de mencionar que “A Lei da Anistia de 1979 permitiu um pacto de pacificação, indo de encontro à orientação da Corte Interamericana de que não sejam enaltecidos atos praticados pela ditadura, como um compromisso com a verdade. Um acordo político e social que determinou os rumos que ainda são seguidos, enriquecidos com os aprendizados daqueles tempos difíceis”¹³, tendo sido objeto de uma Ação Popular, movida por uma cidadã local perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

A decisão proferida no âmbito do TRF foi no sentido de reconhecer a inadequação do teor da nota com a democracia, determinando a retirada do texto do sítio oficial, aduzindo a magistrada que “a ordem do dia prega, na realidade, uma exaltação ao movimento, com tom defensivo e cunho celebrativo à ruptura política deflagrada pelas Forças Armadas em tal período, enaltecendo a instauração de uma suposta democracia no país”¹⁴, referindo, ainda, citando a lei que instituiu a “Comissão Nacional da Verdade”, que “a CNV fez constar, ainda, a recomendação de que seja reconhecida a vedação de realização de eventos oficiais em comemoração ao golpe militar”¹⁵.

A alusão ao posicionamento da Comissão Nacional da Verdade, no sentido de que não haja celebração dos atos cometidos, apresenta-se como fundamento da decisão, afigurando-se como motivo determinante para que a mesma seja, portanto, retirada do ar,

¹¹ NOGUERIA ALCALÁ, Humberto. Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad: entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, v. XIX, 2013 A. p. 511-553. p. 521.

¹² BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: El control de convencionalidad*. Colombia: Unión Gráfica Ltda, 2012. p. 17-55.

¹³ BRASIL. Ministério da Defesa. *Ordem do Dia alusiva ao 31 de março de 1964*. Disponível em: <https://www.gov.br/defesa/pt-br/assuntos/noticias/ultimas-noticias/ordem-do-dia-alusiva-ao-31-de-marco-de-1964>. 27 mar. 2020.

¹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal 5. *Ação Popular n. 0802121-11.2020.4.05.8400*. Juíza Moniky Mayara Costa Fonseca. 24 de abril de 2020. p. 6.

¹⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal 5. *Ação Popular n. 0802121-11.2020.4.05.8400*. Juíza Moniky Mayara Costa Fonseca. 24 de abril de 2020. p. 7.

por contrariar levantamentos oficiais e históricos relacionados com ao período da ditadura. Importante destacar, contudo, que, embora a decisão faça referência à Comissão Nacional da Verdade, não há, nela, qualquer referência à decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e outros v. Brasil, do qual resulta a criação da referida Comissão, não se evidenciando, portanto, um diálogo jurisdicional.

A União recorreu, então, ao Supremo Tribunal Federal, decidindo o Ministro Dias Tóffoli, na Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.326, pela manutenção da publicação, entendendo não ser cabível a um Poder realizar juízos de censura em relação aos demais¹⁶. Situou o Ministro a discussão em um “momento de excessiva judicialização”, defendendo que, ainda assim, não cabe ao Poder Judiciário deliberar sobre todos problemas da vida cotidiana ou mesmo definir “o que pode ou não constar em uma ordem do dia, ou mesmo qual a qualificação histórica sobre determinado período do passado”¹⁷. A decisão centra-se, portanto, na impossibilidade de atuação do Poder Judiciário em definições de ordem administrativa própria, apenas tangenciando as questões de fundo quando ao conteúdo da publicação.

Interessante destacar que esta mesma decisão foi, mais tarde, utilizada como justificativa, por parte da Secretaria Especial de Comunicação Social, para manutenção de outra postagem que gerou polêmicas em relação ao período ditatorial. Após encontro do Presidente da República, Jair Bolsonaro, com o Tenente-Coronel Sebastião Curió – envolvido, segundo informações averiguadas pela Comissão Nacional da Verdade¹⁸, em práticas de tortura no período militar – a SECOM realizou a postagem de texto no qual afirma que:

A guerrilha do Araguaia tentou tomar o Brasil via luta armada. A dedicação deste [Tenente-Coronel Sebastião Curió] e de outros heróis ajudou a livrar o país de um dos maiores flagelos da História da Humanidade: o totalitarismo socialista, responsável pela morte de aprox. (sic) 100 milhões de pessoas em todo o mundo¹⁹.

A imagem que acompanha a postagem do texto traz, ainda, a descrição: “Heróis do Brasil: Presidente Bolsonaro recebeu Tenente-Coronel que combateu a guerrilha **comunista**

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Suspensão de Liminar n. 1326. Relator Ministro Dias Tóffoli. Publicada em 4 maio 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp>. Acesso em 17 ago. 2020.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Suspensão de Liminar n. 1326. Relator Ministro Dias Tóffoli. Publicada em 4 maio 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp>. Acesso em 17 ago. 2020. p. 4.

¹⁸ O acesso às memórias da Comissão Nacional da Verdade pode ser consultado em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>.

¹⁹ BRASIL. Secretaria Especial de Comunicação Social. A guerrilha do Araguaia tentou tomar o Brasil via luta armada. A dedicação deste e de outros heróis ajudou a livrar o país de um dos maiores flagelos da História da Humanidade: o totalitarismo socialista, responsável pela morte de aprox. (sic) 100 milhões de pessoas em todo o mundo. Brasília, 5 maio 2020. Twitter: @secomvc. Disponível em: <https://twitter.com/secomvc>. Acesso em 14 maio 2020.

no Araguaia”²⁰, tendo repercutido em diferentes meios de comunicação e gerado ações judiciais questionando o posicionamento da Secretaria de Comunicação, na condição de órgão oficial. Diante destas manifestações executivas e judiciais sobre fatos, referentes ao período ditatorial brasileiro, apurados pela Comissão Nacional da Verdade, cabe relembrar a condenação brasileira no Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil, caso do qual decorre a criação da referida Comissão e que estabelece os padrões internacionais a serem seguidos pelo país no que se refere aos atos praticados pela ditadura militar.

3. A decisão do caso Gomes Lund e outros v. Brasil: aprendemos e conhecemos ou precisamos recordar?

Proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 2010, a sentença no caso conhecido como “Guerrilha do Araguaia” fixou aspectos importantes quanto às violações de direitos humanos ocorridas no período ditatorial brasileiro. Embora a alegação brasileira, em sede de preliminares²¹, quanto à incompetência da Corte para julgamento do caso, por se tratar de fatos ocorridos em período anterior ao reconhecimento de sua jurisdição pelo país, afirmou a Corte que sua jurisprudência “ha establecido que los actos de carácter continuo o permanente se extienden durante todo el tiempo en el cual el hecho continúa, manteniéndose su falta de conformidad con la obligación internacional”²² e, sendo o crime de desaparecimento forçado um crime permanente, não poderia ser reconhecida dita alegação.

Um dos principais debates e também uma das causas que levaram o caso à Corte foi a falta de apuração dos desaparecimentos de integrantes da Guerrilha do Araguaia - movimento contrário à ditadura - ocorridos no período, bem como a falta de informações sobre estes e, ainda, a anistia dos crimes praticados no período ditatorial, por meio da Lei n.º 6.683/79. Há que se observar, desde já, que antes de a decisão ser proferida pela Corte IDH, o Conselho Federal da OAB já havia tentado, junto ao STF, o reconhecimento da invalidade da Lei de Anistia brasileira (Lei 6.683/79), porém sem sucesso, validando-a em 29 de abril

²⁰ BRASIL. Secretaria Especial de Comunicação Social. A guerrilha do Araguaia tentou tomar o Brasil via luta armada. A dedicação deste e de outros heróis ajudou a livrar o país de um dos maiores flagelos da História da Humanidade: o totalitarismo socialista, responsável pela morte de aprox. (sic) 100 milhões de pessoas em todo o mundo. Brasília, 5 maio 2020. Twitter: @secomvc. Disponível em: <https://twitter.com/secomvc>. Acesso em 14 maio 2020, grifado no original.

²¹ As alegações brasileiras consistiram ainda no pedido de declaração de incompetência da Corte por falta de esgotamento das vias internas e de arquivamento por falta de interesse processual das partes, sendo ambas afastadas pela Corte, sendo reconhecida apenas parcialmente a incompetência da Corte sob o caso de Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram identificados ainda em 1996. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros versus Brasil: sentença de 04 de julho de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 26 ago. 2017. p. 8.

²² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros versus Brasil: sentença de 04 de julho de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 26 ago. 2017. p. 10.

de 2010”²³, tendo esta incluído “en la amnistía a los ‘agentes políticos quienes practicaron crímenes comunes contra opositores políticos, detenidos o no, durante el régimen militar’”²⁴.

Permeiam a sentença indicações de decisões similares, referentes a essas violações em diferentes Estados nacionais que reconhecem a jurisdição da Corte Interamericana, sendo referidas as medidas adotadas pelos países de forma a adequar-se²⁵ com as decisões, tendo o órgão internacional declarado, nesses casos, “la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados”²⁶. Sendo assim, deve o Brasil garantir que a Lei de Anistia e também as demais leis nesse sentido não se configurem como um obstáculo à apuração de violações de direitos humanos no período ditatorial²⁷.

Resta estabelecida, portanto, a impossibilidade de o Estado brasileiro criar mecanismos que afastem as responsabilizações pelos atos criminosos cometidos, devendo os autores dessas violações serem responsabilizados, pois:

por tratarse de violaciones graves a derechos humanos, en consideración de la naturaleza de los hechos y del carácter continuado o permanente de la desaparición forzada, el Estado no podrá aplicar la Ley de Amnistía en beneficio de los autores, así como ninguna otra disposición análoga, prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad para excusarse de esta obligación²⁸.

²³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 160.

²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros versus Brasil: sentença de 04 de julho de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 26 ago. 2017. p. 51, grifado no original.

²⁵ Nesse sentido, refere a Corte (2010, p. 64) o exemplo colombiano, citando que “la Corte Suprema de Colombia recordó que la jurisprudencia y las recomendaciones de los organismos internacionales sobre derechos humanos deben servir de criterio preferente de interpretación tanto en la justicia constitucional como en la ordinaria y citó la jurisprudencia de este Tribunal respecto a la inaceptabilidad de las disposiciones de amnistía para casos de violaciones graves a derechos humanos”, demonstrando a preocupação dos mais diferentes países com a obediência às decisões interamericanas.

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros versus Brasil: sentença de 04 de julho de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 26 ago. 2017. p. 55.

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros versus Brasil: sentença de 04 de julho de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 26 ago. 2017. p. 96.

²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros versus Brasil: sentença de 04 de julho de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 26 ago. 2017. p. 97.

Declarou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Gomes Lund e outros, a incompatibilidade dos dispositivos da Lei da Anistia que impedem a punição dos envolvidos em violações à direitos humanos com a Convenção Americana, pois “carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables”²⁹. Há, claramente, a confirmação de um posicionamento, já adotado e reiterado pela Corte em sentenças anteriores no sentido de que a as violações praticadas em períodos de ditaduras vivenciadas na América Latina, como um todo, ofendem diversos direitos garantidos na Convenção Americana, como o direito à manifestação do pensamento, à liberdade, à proteção judicial e, sobretudo, à vida, não podendo o Estado omitir-se quando as responsabilizações dos envolvidos.

Observou a Corte que não cabe a mesma a realização de um controle no que se refere à compatibilidade das leis de anistia em relação às Constituições dos países - refutando o argumento de que o órgão atuaria como uma quarta instância no exame de constitucionalidade - e, especialmente no Brasil, no que tange à Lei n.º 6.683/79, objeto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153, em que sua validade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal³⁰. Salientou, contudo, que o Tribunal interamericano “debe realizar el control de convencionalidad, es decir, el análisis de la alegada incompatibilidad de aquella ley con las obligaciones internacionales de Brasil contenidas en la Convención Americana”³¹.

A decisão, de caráter estruturante, traz diferentes medidas de não repetição, tais como investigação penal dos fatos e afastamento de obstáculos internos para tanto; determinação do paradeiro das vítimas e seus restos mortais; realização de ações de capacitação do pessoal das Forças Armadas em direito humanos, voltadas para uma educação em direito humanos; sistematização de informações sobre os fatos ocorridos, dentre outras. Ainda, determina a realização de ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e otros versus Brasil: sentencia de 04 de julio de 2006 (Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas). San Jose da Costa Rica, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 26 ago. 2017. p. 115.

³⁰ Nas palavras de Leal “o que ocorre é que, assim como há ocorrido em outros países da América Latina (como Chile e Argentina, por exemplo), o Supremo Tribunal Federal havia, poucos meses antes, julgado constitucional a Lei da Anistia, entendendo que ela abarca todos os crimes praticados por ocasião do regime ditatorial (incluídos, aí, os crimes comuns, como homicídio, tortura, sequestro e estupro), havendo este, inclusive, sido o principal argumento sustentado pela defesa do Brasil por ocasião de seu julgamento internacional”. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdicción constitucional: judicialización e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, setembro/dezembro 2014. p. 123-140. p. 134.

³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e otros versus Brasil: sentencia de 04 de julio de 2006 (Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas). San Jose da Costa Rica, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 26 ago. 2017. p. 20.

quanto aos fatos – o que, destaca-se, vai ao encontro do posicionamento adotado pelo Brasil na audiência pública do caso, na qual “el Estado brasileño reafirma su responsabilidad por las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el trágico episodio conocido como *Guerrilha do Araguaia*”³².

Tais medidas estruturantes revelam a tentativa da Corte Interamericana em reforçar o acesso a informações relativas ao período e também a necessidade de reconhecimento da responsabilidade estatal quanto aos fatos ocorridos, ainda que não haja uma referência expressa à possibilidade de que posicionamentos enaltecendo torturadores reconhecidos violem as medidas disciplinadas na decisão. Ainda pendente de cumprimento, mesmo quase dez anos depois, a condenação revela a dificuldade de diálogo entre instituições brasileiras e o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, demonstrando o longo caminho a ser percorrido para a garantia de uma educação em direitos humanos e efetividade das medidas de não repetição definidas pela Corte de San José.

Toda a construção e preocupação interamericana quantos aos fatos e, em especial, quanto à não repetição das violações ocorridas no período ditatorial, trazidas na decisão, não são referidas em nenhum dos posicionamentos judiciais envolvidos na polêmica atual. Não há um enfrentamento do tema, por parte do Supremo Tribunal Federal, na decisão sobre a manutenção ou retirada do texto que “comemora” o dia 31 de março de 1964, evidenciando-se, mais uma vez, a inexistência de qualquer forma de diálogo interjurisdicional. Ainda, não há a observância das determinações, de caráter vinculante, construídas pela Corte Interamericana no Caso Gomes Lund e outros sobre os fatos envolvendo a Guerrilha do Araguaia, ou mesmo quanto aos fatos apurados pela Comissão Nacional da Verdade, desconsiderados em sua totalidade na Medida Cautelar analisada.

O Poder Executivo, a sua vez, ao, por meio de um Ministério, fazer alusão comemorativa ao dia 31 de março de 1964, ou ao receber um Tenente-Coronel, envolvido em atos ocorridos no período ditatorial e reconhecido como torturador pela Comissão Nacional da Verdade, realizando uma postagem nos moldes da que foi publicada nos canais oficiais, tampouco incorpora as determinações interamericanas – que, como referido, são também a ele vinculantes.

As diferentes instituições e Poderes nacionais falharam, portanto, não só em seu diálogo com a Corte Interamericana, mas também em sua condição de “guardiães” da Convenção Americana de Direitos Humanos.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros versus Brasil: sentença de 04 de julho de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 26 ago. 2017. p. 31.

4. Conclusão

A proteção multinível de direitos humanos ganha especial reforço com a articulação dos planos nacional e interamericano, estando os três Poderes do Estado vinculados ao cumprimento dos padrões internacionais estabelecidos em matéria de direitos humanos. A existência de um diálogo entre Poderes também contribui para o reforço dessa vinculação, trazendo constantes questionamentos sobre os limites das competências de cada órgão, como no caso ora em análise. As postagens de textos, por parte de organismos institucionais vinculados ao Poder Executivo, alusivas ao período ditatorial, fizeram com que novamente o Supremo Tribunal Federal fosse confrontado sobre o tema.

O não enfrentamento das questões relativas ao conteúdo das publicações e a inexistência de referências à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, em especial, ao Caso Gomes Lund e outros v. Brasil, denota a dificuldade de estabelecimento de um diálogo interjurisdicional. É possível afirmar, assim, que o Supremo Tribunal Federal brasileiro não reconhece ou incorpora os *standards* internacionais sobre o tema, revelando a necessidade de que haja uma educação para direito humanos no país e um comprometimento nacional com o cumprimento das decisões e realização do controle de convencionalidade por todos os Poderes do Estado.

Referências

BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: El control de convencionalidad**. Colombia: Unión Gráfica Ltda, 2012. p. 17-55.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Ministério da Defesa. **Ordem do Dia Alusiva ao 31 de Março de 1964**. Disponível em: <https://www.gov.br/defesa/pt-br/assuntos/noticias/ultimas-noticias/ordem-do-dia-alusiva-ao-31-de-marco-de-1964>. 27 mar. 2020.

BRASIL. Secretaria Especial de Comunicação Social. **A guerrilha do Araguaia tentou tomar o Brasil via luta armada**. A dedicação deste e de outros heróis ajudou a livrar o país de um dos maiores flagelos da História da Humanidade: o totalitarismo socialista, responsável pela morte de aprox. (sic) 100 milhões de pessoas em todo o mundo. Brasília, 5 maio 2020. Twitter: @secomvc. Disponível em: <https://twitter.com/secomvc>. Acesso em 14 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Suspensão de Liminar n. 1326**. Relator Ministro Dias Toffoli. Publicada em 4 maio 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp>. Acesso em 17 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 5. **Ação Popular n. 0802121-11.2020.4.05.8400**. Juíza Moniky Mayara Costa Fonseca. 24 de abril de 2020.

CLÈVE, C. M.; LORENSETTO, B. M. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2., n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros versus Brasil**: sentença de 04 de julho de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 26 ago. 2017.

GORCZEWSKI, C. **Direitos Humanos, Educação e Cidadania: conhecer, educar, praticar**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2016.

GUERRA, S. A proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da Corte Interamericana e o controle de convencionalidade. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 32, julho/dezembro 2012. p. 341-366.

KLATT, Matthias. Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Trad. Carlos Luiz Strapazon. Florianópolis, 2015. p. 215–266.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 3, setembro/dezembro 2014. p. 123-140.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo, 2008. 219 f. Tese: Doutorado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOGUERIA ALCALÁ, Humberto. Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad: entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, v. XIX, 2013 A. p. 511-553.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

O POSSÍVEL PAPEL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA INDUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA OS ESTADOS: EXEMPLOS NO CASO DO BRASILEIRO

CAROLINE MÜLLER BITENCOURT*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breves noções sobre a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 3. Poderiam então as sentenças da Corte atuar como padrões de indução em nível de política pública? 4. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

O constitucionalismo democrático do século XXI, calcado no binômio dignidade humana/solidariedade social, mais do que uma constante luta pelo seu reconhecimento; dos direitos humanos tanto no plano internacional quanto no plano nacional, depende para a sua efetividade de ações conjuntas dos organismos nacionais e internacionais. Contudo, tal debate não é simples, pois acaba sempre gerando discussões sobre a competência da Corte em relação aos limites de coordenação nos planos nacionais, visto que, às questões atinentes a soberania Estatal são sempre questões sensíveis de ser enfrentadas, mesmo que se trate da tutela dos direitos humanos.

A evolução do papel da Corte, tanto em seu caráter consultivo quanto em seu caráter jurisdicional, conduz a questão central desse breve ensaio: é possível dizer que as decisões da Corte Interamericana, especialmente nas condenações de caráter de não-repetição, induzem políticas públicas no âmbito interno? O objetivo não é discutir a legitimidade ou mesmo os limites de atuação, mas o potencial de indutora de políticas públicas que podem inclusive se estender para além do Estado que é parte na condenação/sentença.

* Professora do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Estágio Pós-Doutoral em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e Mestre em Direito pela UNISC. Especialista em Direito Público. Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Membro da Rede de Direito Administrativo Social. Presidente do Comitê de Direitos Humanos da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenadora do Grupo de pesquisa Controle Social e Administrativo de Políticas Públicas e Serviço Público, vinculado ao CNPq. Advogada. Chefe do Departamento de Direito da UNISC. E-mail: <carolinemb@unisc.br>.

Para isso, em um primeiro momento se discute o papel da Corte, tanto em sua função consultiva quanto na função contenciosa, demonstrando como tem se ampliado sua competência, também no enfrentamento de diferentes temáticas. Em um segundo momento, aborda-se o debate das políticas públicas visando demonstrar que nas sentenças cuja parte da condenação visa a não repetição da violação, mostram-se extremamente estruturantes em relação a possível indução de políticas públicas. Para exemplificar o caso brasileiro, optou-se pela condenação do Brasil no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, o caso *Gomes Lund vs. Brasil* e a *Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*.

A pesquisa é bibliográfica e o método pesquisa é dedutivo. A hipótese é que tais sentenças mostram uma tentativa de alinhamento interno das políticas públicas para a efetividade das disposições e comprometimentos internos dos Estados que estão sob a jurisdição da Corte com a temática dos direitos humanos.

2. Breves noções sobre a competência da Corte Interamericana de direitos humanos

A história dos direitos humanos, o seu reconhecimento e âmbito de efetivação e proteção internacional e nacional, nos ensinam que há um longo caminho a percorrer, uma vez que ainda é constante o flagrante desrespeito e violações do toda ordem, especialmente quando se trata de países autoritários. A ideia da universalização dos Direitos Humanos ainda não encontrou terreno fértil para a necessária sedimentação¹.

É um tema que requer constante vigilância e mais do que atuação repressiva, formação e conscientização, afinal, Bobbio já referendava que o grande desafio não é o de reconhecê-los, mas sim de efetivá-los. Sabe-se que nem todos direitos nascem em termos de reconhecimento e proteção jurídica de uma só vez, e a resposta para tais violações ou ameaças se dará também através de demandas de limitações do poder².

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de São José é uma marco para a proteção Interamericana, especialmente, após anos de negociações demonstraram ter “superado a fase de elaboração de princípios teóricos e das meras declarações de intenções”.³

Tal pretensão foi alcançada em São José da Costa Rica quando se aprovou a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴ com competência consultiva e contenciosa

¹ HERKENHOFF, J. B. *Direitos Humanos. A Construção Universal de uma Utopia*. Aparecida: Santuário. 1997. p.15.

² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

³ ACCIOLY, Hildebrando, SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. p. 372.

⁴ Apenas para relembrar e não perdemos a memória histórica, os Estatutos da Corte Interamericana de Direitos Humanos foram aprovados na Assembléia Geral da OEA em La Paz, em 1979 “uma instituição judiciária autônoma, cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, conforme

para conhecer sobre qualquer caso relativo a interpretação e aplicação das disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. É composta por sete juízes nacionais dos Estados-membros, eleitos por votação secreta pela maioria absoluta da Assembleia Geral da OEA, dentre os juristas da mais alta autoridade e reconhecida competência em matéria de direitos humanos indicados pelos Estados⁵.

A Corte Interamericana como órgão judicial de proteção contra violação de direitos humanos⁶, dentro de um sistema regional de proteção, nasce em meio a regimes autoritários e em contextos ditatoriais. Evidente que em razão disso, alguns países a exemplo do caso Brasileiro⁷ buscarão sua vinculação com o Pacto de São José da Costa Rica, após ter restabelecido, ao menos, formalmente, os seus regimes democráticos. Contudo, também é verdade, que tal vinculação formal não representou grandes impactos nos ordenamentos jurídicos interno, e não se pode dizer que houve significativa sujeição das Cortes nacionais às interpretações atribuídas pela Corte Interamericana, resultando tantas vezes em verdadeiro descompasso de interpretações quanto à situações violadoras de direitos humanos⁸.

art 1º . Teve alterações em seu Regulamento em 1991 e em 1996. Em 2000 adotou novo regulamento e outra significativa alteração no regulamento em 2001 e introduziu uma série de medidas destinadas a permitir às supostas vítimas, seus familiares ou representantes a participação direta em todas as etapas do processo. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- 5 Os sistemas global e regionais são verdadeiros instrumentos de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Ambos são fundados no princípio da dignidade humana e, por isso, complementam-se e interagem com os sistemas nacionais de proteção dos direitos humanos, a fim de proporcionar maior efetividade possível à promoção e à proteção dos direitos humanos. Os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial no interamericano, são instrumentos eficazes de proteção e de promoção dos direitos humanos, quando as instituições domésticas dos Estados se mostram ineficientes. Realmente, cabe aos Estados, primeiramente, promover e proteger em seu âmbito interno, os direitos humanos e, caso os Estados não se desincumbam plenamente desse ônus, caberá aos órgãos dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos garantir o respeito aos consagrados nos tratados internacionais. RESENDE, Augusto César Leite de. A executividade das sentenças da corte interamericana de direitos humanos no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, 2013 p. 225-236.
- 6 Com a entrada em vigor da Convenção em 1978, criou-se o segundo órgão de proteção dos direitos humanos nas Américas: a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Enquanto a Comissão atua como órgão vinculado à Organização dos Estados Americanos (OEA) e à Convenção, a Corte é um órgão jurisdicional autônomo apenas da Convenção Americana e não da Organização dos Estados Americanos (OEA). A Corte é composta de sete juízes, nacionais dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos. Ademais, não deve haver dois juízes da mesma nacionalidade na composição da referida Corte, conforme art. 52 da Convenção. RESENDE, Augusto César Leite de. A executividade das sentenças da corte interamericana de direitos humanos no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, 2013 p. 225-236. P231.
- 7 O Brasil é Estado-parte da Convenção e, de acordo com o artigo 62 da Convenção Americana, reconheceu a competência contenciosa da Corte em 1998. Ademais, as sentenças prolatadas pela aludida Corte devem ser, por força do art. 68 da Convenção Americana, espontânea, imediata e integralmente cumpridas pela República Federativa do Brasil.
- 8 ABRAMOVICH, Victor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos. In *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 6. n. 11., 2009.

No caso brasileiro, especificadamente, é emblemático a Arguição de descumprimento de preceito fundamental 153, que versava sobre as chamadas “leis de autoanistia”⁹. Nessa “queda braço” entre as sentenças e recomendações da Corte, as quais afetam diretamente a organização de políticas públicas a fim de dar respostas satisfatórias às violações apontadas, vê-se uma certa tentativa de cumprimento meramente formal e não uma cultura de compreensão e diálogo para o enfrentamento das violações as quais o Brasil constantemente é denunciado.

Duas de suas principais competências, a de caráter consultivo¹⁰, cujo objetivo é sanar as possíveis interpretações quanto aos temas e direitos abordados pela convenção e demais tratados no âmbito do sistema interamericano, e a outra competência que busca justamente reparar quanto tais violações à direitos humanos são praticadas pelos Estados partes, a qual denominamos de contenciosa¹¹.

Uma das fases mais inovadoras da Corte será inaugurada ao final da década de 90, tanto pela intensa produção jurisprudencial quando pela tentativa de estabelecer junto aos governos nacionais estratégias de enfrentamento dos problemas internos ¹²vivenciados

⁹ O Pedido era eu se declara-se a Lei 6.683/79, incompatível com a ordem constitucional, face controvérsia em relação aos preceitos fundamentais relacionados a proteção dos direitos humanos, pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra opositores políticos ao regime militar, que vigorou entre nós antes do restabelecimento do Estado de Direito com a promulgação da vigente Constituição. Petição disponível: https://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf. Enquanto o posicionamento da Corte era de declarar a incompatibilidade dessas leis, o Brasil seguir sua confirmação e indeferir o pedido formulado na ADPF 153.

¹⁰ Por esse meio, a Corte responde a consultas formuladas pelos Estados membros da OEA e seus órgãos acerca da interpretação da Convenção Americana ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Do mesmo modo, a pedido de um Estado membro da OEA, a Corte pode emitir parecer sobre a compatibilidade das normas internas com os instrumentos do Sistema Interamericano. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 63.2. Cf. Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, artigo 64. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Disponível em: Disponível em https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2017.pdf . Acesso 20 de junho de 2020.

¹¹ A Corte emitiu um total de 14 sentenças, divididas em dez sentenças sobre exceções preliminares, mérito e reparações e custas, e quatro sentenças de interpretação. Por meio dessa função, a Corte determina, nos casos submetidos a sua jurisdição, se um Estado incorreu em responsabilidade internacional pela violação de algum direito reconhecido na Convenção Americana ou em algum outro tratado de direitos humanos do Sistema Interamericano. Caso assim seja, dispõe, em seguida, as medidas necessárias para reparar as consequências decorrentes da violação de direitos. O procedimento seguido pelo Tribunal para resolver os casos contenciosos que se submetem a sua jurisdição compreende duas fases: (a) a fase contenciosa; e (b) a fase de supervisão de cumprimento de sentença. a) Fase contenciosa Esta fase, por sua vez, compreende seis etapas: etapa escrita inicial; etapa oral ou de audiência pública; etapa de escritos de alegações e observações finais das partes e da Comissão; etapa de diligências probatórias; etapa de estudo e emissão de sentenças. p. 15 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Disponível em: Disponível em https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2017.pdf . Acesso 20 de junho de 2020.

¹² A supervisão de cumprimento das Sentenças constitui uma das atividades mais demandantes do Tribunal, já que a Corte enfrenta um aumento constante do número de casos nessa etapa. Em cada Sentença se ordenam múltiplas medidas de reparação, 58 cuja execução é rigorosa e continuamente supervisionada pela Corte, até que se chegue ao cumprimento total. Ao avaliar o cumprimento de cada reparação, o Tribunal procede a um

pelos países que integram o âmbito da Convenção. Aí nasce um certo direcionamento, uma indução a construção de respostas mais efetivas, tantas vezes via políticas públicas.

Algumas inovações interessantes dos próprios procedimentos internos da Corte foram possíveis, tais como o fortalecimento de organizações civis e, especialmente a possibilidade das vítimas e seus representantes participarem durante todas as fases do processo e o suporte com a criação de assistência legal às vítimas através de fundo e da defensoria interamericana, visando dar suporte e estrutura às vítimas de violências.

Ainda no tocante às medidas de reparação, é possível identificar cinco tipos de medidas utilizadas em sua jurisprudência, que foram gradualmente sendo acrescentadas às sentenças, proporcionando uma crescente ampliação de seu alcance, tanto no âmbito subjetivo (partes) como para a sociedade. Citam-se, assim: 1) medidas de restituição, consistentes no reestabelecimento, na medida do possível, da situação anterior à violação; 2) medidas de reabilitação, destinadas a oferecer cuidados médicos e psicológicos de forma gratuita às vítimas; 3) medidas de satisfação, referentes à reparação do dano imaterial, que se dividem em cinco modalidades a) ato público de reconhecimento de responsabilidade, b) publicação ou difusão da sentença da Corte IDH, c) medidas de comemoração às vítimas de modo geral, d) localização do paradeiro da vítima ou de seus restos mortais, e) outras formas de satisfação, como bolsas de estudo em todos os níveis escolares e oportunidades profissionais, implementação de programas habitacionais e de reparação socioeconômica, entre outras; 4) garantias de não repetição, que buscam evitar a existência de novas violações aos direitos humanos, voltadas a problemas estruturais, beneficiando, assim, outros membros da sociedade para além das vítimas, dividindo-se estas ações em: a) capacitação de funcionários públicos e educação da sociedade em matéria de direito humanos, b) adoção de medidas de adequação da ordem jurídica interna, c) adoção de medidas voltadas à não repetição das violações; e 5) obrigação de investigar, julgar e, se for o caso, sancionar, versando sobre a obrigação do Estado de remover os obstáculos fáticos e jurídicos que obstem a devida investigação, assim como apurar a responsabilidade penal dos culpados¹³

Também no âmbito da evolução da atuação da Corte, distintos momentos marcam o perfil de suas decisões. Evidente que não se trata aqui de uma classificação rígida, mas é

exame minucioso da execução de seus diferentes componentes bem como cuida que se materialize a respeito de cada uma das vítimas beneficiárias das medidas, sendo que há múltiplas vítimas na maioria dos casos. Atualmente, encontram-se na etapa de supervisão de cumprimento 189 casos, 59 que implicam a supervisão de 1.008 medidas de reparação. P.66. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Disponível em https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2017.pdf. Acesso 20 de junho de 2020.

¹³ AZEVEDO, D. M.; LEAL, M. C. H.. A postura preventiva adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: noções de “dever de proteção” do Estado como fundamento para a utilização das “sentenças estruturantes”. *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, v. 21, p. 442-461, 2016. P252-253.

possível distinguir em certa medida o seu âmbito de atuação: 1) primeiro momento, até em decorrência do contexto do nascimento da Corte, vamos encontrar às decisões mais voltadas às práticas de torturas, execuções sumárias de correntes por disputas políticas ou de propriedades, violações de integridade física, psíquica, além das condenações decorrentes das condições sub-humanas de cumprimento de pena; 2) já decisões que marcam mais os debates do sistema de justiça interno, devido processo legal, uma tentativa de fortalecimento de institutos basilares às garantias do Estado democrático de direito e, portanto, relacionada ao exercício dos direitos humanos e o respeito aos procedimentos por parte dos próprios Estados, o que implica especialmente discussões quanto ao âmbito de proteção às liberdades, em todas as suas dimensões; 3) por fim, a Corte tem avançado em temáticas relacionadas à tutela das igualdades, ao tema das inclusões e proteção de minorias ou grupos vulneráveis, tais como povos indígenas, negros, LGBTs, além de questões atinentes ao meio ambiente¹⁴. Algumas decisões inclusive beiram a linha ou a margem tênue entre direitos individuais e sociais.

As sentenças da corte são de caráter obrigatório e vinculante¹⁵ aos Estados que reconheceram tal competência e caracterizam-se como normas cogente de direito internacional, fazendo com que seu descumprimento possa gerar responsabilizações a nível internacional¹⁶. Contudo, é preciso lembrar que por mais que todo o processo de responsabilização internacional via Corte depende da colaboração dos Estados ao cumprimento efetivo de suas orientações e reparações¹⁷, é verdade que seu efeito vai além do Estado parte, o qual recebe a condenação, acaba expandindo seus efeitos como uma espécie de diretriz, coordenação de planos de ação para a observância dos direitos humanos. Nesse sentido, também as determinações da Corte, seja consultivo ou jurisdicional, acabam exercendo uma função pedagógica sobre o que deve ou não ser feito no tocante das garantias e âmbito de proteção dos direitos.

Para parte da doutrina, tais sentenças podem ser chamadas de macro sentenças ou sentenças estruturantes, as quais buscam construir “planos de ação” a fim de evitar novas ou recorrentes situações de violação:

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Disponível em https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2017.pdf. Acesso 20 de junho de 2020.

¹⁵ “[...] se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado”. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁶ CARVALHO RAMOS, André de. *Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do/JUBILUT, Liliãna Lyra (Orgs.) *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 380 p. (Coleção Ciências criminais ; v. 4)

Com efeito, é possível dizer que as macro sentenças são utilizadas, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, principalmente quando em tela casos de graves violações de direitos humanos, quando se nota uma deficiência estrutural em determinado Estado e quando quer-se dar garantia ao sistema constitucional e internacional. Dessa forma, é possível dizer que há uma deficiência estrutural em um Estado quando faltam políticas públicas capazes de garantir direitos humanos e fundamentais, ou quando as políticas públicas existentes não se mostram suficientes. Isso significa, por conseguinte, que o dever de proteção estatal não está alcançando o seu objetivo: ou o poder público está omissivo, ou de fato vem adotando ações e mecanismos, mas ineficientes¹⁸.

Passa-se com isso, discutir se é possível dizer que a Corte em certa medida atua como indutora de políticas públicas, especialmente quanto a parte da sentença e condenações que visam evitar a repetição das violações, para posteriormente debater-se três possíveis exemplos de casos em que o Brasil figurou como Estado parte.

3. Poderiam então as sentenças da Corte atuar como padrões de indução em nível de política pública?

O conceito de política pública não nos permite avançar no sentido de compreender que a Corte seria então responsável pela construção de uma política pública, ainda que se entendesse que a concretização deveria se dar pelos Estados partes.

Não se está aqui defendendo, longe disso, que a Corte determine a criação de políticas públicas, escolhendo seu conteúdo, programas de ações, destinatários da política pública, etc. No entanto, acredita-se que impossível cindir os campos, ou seja, por mais que a competência da Corte para apreciação das violações de direitos humanos parte de uma proteção dos direitos individuais, onde busca centrar sua competência, o enfrentamento prático do problema, acaba pode gerar uma engenharia no âmbito da organização do Estado para que tais situações de violação não voltem a se reproduzir, ou seja, mais do que reparar a violação que está posta a Corte, os Estados deverão evitar que tais circunstâncias voltem a se repetir enquanto condutas sociais. Justamente nesse ponto, quando o Estado passa a organizar ações preventivas, organizar órgãos e entidades, destinar programas administrativos e mesmo legislativos a enfrentar essa violação, é que vemos as sentenças na Corte com um potencial de indução, de inclusive redesenhar políticas públicas internas a fim de satisfazer o âmbito de proteção do direito que está resguardado na perspectiva dos tratados internacionais.

¹⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig ; ALVES, Felipe Dalenogare . A Corte Interamericana De Direitos Humanos como indutora de políticas públicas estruturantes: o exemplo da educação em direitos humanos - uma análise dos casos *ximenes lopes e gomes lund versus brasil* - perspectivas e desafios ao cumprimento das decisões. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 15, p. 287-300, 2015.

Importante reflexão é feita por Leal:

Neste contexto, a pergunta que se põe é até que ponto a realização dos direitos das vítimas pela Corte pode “invadir” espaços de autodeterminação dos Estados. Quais são, então, os limites de sua atuação? A determinação de que o país deve indenizar as famílias das vítimas parece adequada às competências da Corte no julgamento do caso, porque se trata da apreciação de fatos específicos, que envolvem a violação de determinados direitos humanos e fundamentais por parte do Estado, que, em sua Constituição, reconhece e se submete à jurisdição dos Tribunais Internacionais. Mas pode a Corte determinar ao Estado que implemente determinadas políticas públicas, impondo uma série de ações a diferentes órgãos estatais e em diferentes níveis¹⁹?

Importante lembrar que o resultado não fica adstrito as partes que representaram perante a Corte e nem mesmo para o Estado parte que veio a sofrer a sanção, a tentativa de combater a situação que lhe deu causa, faz com que haja um maior movimento e engajamento estatal que serão expressivas no âmbito da comunidade internacional, mas especialmente dentro dos países que adotaram o sistema regional.

Qualquer que seja essa forma de indução, afetarà muito além das partes envolvidas produzirá diferentes respostas nos âmbitos internos, por razões que são de várias ordens. Podemos referir aqui algumas delas: 1) dependerá da positivação dos direitos fundamentais no âmbito interno, alguns Estados tem até mesmo uma maior tutela estatal em relação aos direitos sociais²⁰ e o rol de serviços públicos que visam a sua concretização; 2) do nível de comprometimento dos próprios tribunais e poder judiciário com a interpretação atribuída pela Corte, podendo reforçar ou mesmo tomar decisões contraditórias à sua orientação (o que na prática infelizmente ocorre); 3) a organização interna em termos de centralização e descentralização federativa na tomada de decisões, a exemplo da gestão dos Presídios que no caso brasileiro é de competência dos Estados – Membros no âmbito do federalismo; 4) as condições econômicas dos Estados para a implementação de programas a curto, médio e longo prazo que vão muito além da mera reparação dos danos, mas deveriam consistir em atuação mais preventiva a fim de evitar às violações e não apenas a repará-las; 5) a vontade política e o comprometimento dos governos com a pauta dos direitos humanos, respostas meramente formais costumam caracterizar o distanciamento entre formalmente reconhecer

¹⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40518>. P.135.

²⁰ Esta fragmentação dos Direitos Humanos em categorias, só serve aos poderosos para postergar, sob pretextos diversos, a realização de alguns deles (como os econômicos e sociais) para um amanhã indefinido. Defende-se a tese da unidade fundamental de concepção, e indivisibilidade e a justiciabilidade de todos os Direitos Humanos. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. In “Apresentação” de PIOVESAN, Flávia. PIOVESAN, Flávia. “Direitos Humanos e Globalização” *In Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad. 1998.

a competência da Corte mas materialmente empregar esforços para que a mesma contribua com a melhoria das condições humanas no âmbito dos Estados; dentre tantos outros.

Como anteriormente mencionado, o seu cumprimento dependerá de uma série de fatores, até mesmo pela velha característica da falta de poder coercitivo em se tratando de normas de direito internacional, mas as sentenças proferidas costumam ser de quatro gêneros: exceções preliminares, mérito, reparação de custas e interpretação de sentenças. Destaca-se que as reparações podem ter variações, desde a restituição do bem violado em relação à própria vítima, a medidas que podem ser chamadas de reabilitação, indenizações e garantias de não repetição.

A questão central é, como tais sentenças conseguiriam almejar a garantia de não repetição, ou seja, o caráter preventivo, senão houver um plano de ação que inclui um planejamento, uma execução de medidas e muito provavelmente um investimento público para também ter viabilidade a implementação das ações, acompanhamento e fiscalização? É nesse sentido que se compreende que a Corte acaba atuando como indutora de políticas públicas. Lembrando que, não está correta a associação estrita das políticas públicas com a realização de direitos sociais, há distintas políticas públicas que visam concretizar via ações estatais diferentes direitos constitucionalmente garantidos, especialmente, os direitos fundamentais e sociais.

A classificação das políticas públicas ajuda a compreender como as decisões da Corte influenciam ou induzem, na medida que nos permite ver a política pública além da mera redução a implementação dos direitos sociais. Dividem-se em políticas públicas de proteção. São aquelas em que o objeto é a promoção da proteção de um determinado grupo ou de uma determinada situação. Essas políticas públicas podem estar já indicadas pela Constituição e, em geral, tratam de uma situação normativa. Logo, essas são políticas públicas voltadas ao Legislador, em que o campo de ação não envolve diretamente custos e orçamentos, mas, sim, legislação. Já às políticas públicas de formação ou de promoção propriamente dita, em que o principal objetivo é a ideia de preservação de um direito, ou informação como forma de prevenção²¹.

As políticas públicas de inclusão, estariam voltadas a atingir uma camada específica e fazer uma redistribuição mais igualitária, mediando muitas vezes diferenças que vão desde o aspecto social ao próprio aspecto individual, pois pode ser físico ou intelectual. Via de regra, estariam contidas dentro de uma política pública maior, podendo ser até dentro de uma política de Estado, pois se relaciona com os ideais de justiça social e diminuição das desigualdades. Como exemplo, pode se referir a política de inclusão de deficientes físicos, ou de índios nas escolas e universidades, de pessoas com deficiência mental ou jovens no mercado de trabalho. Nesse caso, as políticas públicas de inclusão poderão se dar tanto através

²¹ BITENCOURT. Caroline Müller. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Porto Alegre: Editora Frabris, 2013.

de legislação como através de programas governamentais, tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo²².

Por fim, as políticas públicas de prestação fática. Essas seriam as políticas públicas destinadas à realização dos direitos sociais diretamente, logo, àqueles que envolvam significativos custos à sua promoção e, portanto, são as que na prática acabam gerando maiores olhares tanto da doutrina, quanto da jurisprudência. Essas, sim, mais relacionadas à competência do gestor público que estipula programas e serviços voltados à realização da saúde, educação, moradia, enfim, dos direitos sociais em que a via de realização ideal é a coletiva e, portanto, àqueles que necessitam de políticas públicas como meio de atenção das demandas sociais. Aqui os exemplos são infinitos, pois envolvem todas as políticas de distribuição de medicamentos, atendimento médico-hospitalar, construção e manutenção de creches, escolas, hospitais e programas de moradias populares, dentre tantos outros²³.

Note-se que o próprio mecanismo de supervisão ao cumprimento de sentença, que objetiva o acompanhamento de todas as medidas impostas para o Estado, também constitui uma forma de pressionar os Estados a dar respostas sistêmicas aos problemas de violações de direitos humanos apontados no âmbito interno, funcionando como uma espécie *de compliance e accountability* no âmbito interno. Um das grandes razões para que os Estados procurem articular medidas para evitar também novas denúncias ou condenações; ao menos, assim deveria ser.

Importante registrar que o processo de formação, implementação, fiscalização de uma política pública se dará sempre no âmbito interno, razão pela qual se entende que as sentenças da corte podem induzir, não criar políticas públicas. A necessidade de produzir respostas as condenações e recomendações da Corte podem forçar um processo de entrada na agenda pública, e a partir daí, naturalmente segue-se o ciclo das políticas públicas.

Sabe-se que as políticas públicas são decisões políticas mas que contém uma estreita relação com o direito, que lhe dão forma e contorno. Assim dá-se no campo em que ambas as linguagens (direito e política) terão confluência para a realização das políticas públicas. A compreensão das políticas públicas observadas sob o enfoque jurídico é necessária, pois é sobre a ordem jurídica que se assenta o quadro institucionalizado para a aplicação das políticas públicas enquanto modo de operação do próprio Estado; através de seus poderes instituídos, bem como é no campo jurídico e com a máxima abertura democrática que se pode delinear sua incidência nos limites e padrões preestabelecidos por uma comunidade, expressos na sua Carta Constitucional; se cabe ao campo da política delimitar os modelos, metas, traçar diretrizes, externar os objetivos e finalidades, cabe ao direito con-

²² BITENCOURT. Caroline Müller. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Porto Alegre: Editora Frabris, 2013.

²³ BITENCOURT. Caroline Müller. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Porto Alegre: Editora Frabris, 2013.

ferir se no exercício dessa política foram respeitados o campo da legalidade e o respeito aos fundamentos balizadores da forma democrática²⁴.

As fases das políticas públicas, ou o chamado ciclo das políticas públicas, ajuda a compreensão de como as decisões da Corte podem acabar induzindo às políticas públicas. Na primeira fase, que costuma-se denominar de formação da agenda, é preciso decidir o que será prioritário para o poder público, daí a necessidade de planejar, compreender os problemas e decidir a melhor forma de enfrentá-los. Veja-se que a necessidade de produzir respostas às sentenças e recomendações da Corte leva os Estados a colocar tais prioridades em sua pauta a fim de produzir as respostas satisfatórias. Vejamos todos os impactos que isso vai produzir: é preciso avaliar o custo-benefício das alternativas, avaliar os recursos disponíveis e a forma de utilizá-los, organizar os meios e órgãos envolvidos para a implementação²⁵.

Em um segundo momento teremos a formulação da política pública, é a hora de apresentação das alternativas e a escolha da melhor solução, a partir de tudo que foi planejado, estabelecendo as linhas de ação e os envolvidos na atuação, tendo-se presente o tempo todo qual o seu objetivo, o que visa concretizar. Nesse caso, também às decisões da Corte estabelecem o que se busca com a reparação, especialmente pelo caráter preventivo, da tentativa de não repetição do problema.

Na terceira fase temos a tomada de decisão em que todos os passos anteriores devem estar contemplados no percurso adotado, com estabelecimento de prazo a também orçamentos e metas discriminadas²⁶.

A fase da implementação é sempre voltada a concretização, realização, é quando o Estado passa a executar seu programa de ação buscando o resultado pretendido, é o momento de instrumentalizar. Note-se que nessa fase os Estados partes que possuem a incumbência de otimizar também suas ações considerando toda a legislar interna, que vais desde a forma como prestar, contratar serviços e bens, a criação de órgãos, às etapas que ainda podem incluir normativas e seus respectivos órgãos competentes, dentre tantas outras medidas²⁷.

A última fase que é a da avaliação, que inclusive considera-se uma das mais complexas, evidentemente caberá aos Estados, juntamente com a sociedade a discussão quanto as melhorias resultantes na sociedade a partir da implementação daquela política pública, mas

²⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

²⁵ SCHIMIDT, João Pedro. Para estudar Políticas Públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito* [ISSN 1982-9957]. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>. Acesso em 08 jul. 2020.

²⁶ SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquema de análise, casos práticos*. 2 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

²⁷ SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquema de análise, casos práticos*. 2 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

é fato também, que caso a política pública não se mostre eficaz, a tendência é que se repita o mesmo problema e às sentenças ou recomendações não consigam exercer o seu caráter preventivo ou mesmo educativo em termos de garantia e proteção dos direitos humanos²⁸.

Alguns casos de condenação da Corte de violações de direitos humanos no Brasil, já podem evidenciar esse papel de indutor de políticas públicas, ainda que o Brasil esteja bastante distante de efetivamente comprometer-se com a pauta dos direitos humanos

Importante referir que as sentenças são compostas por diferentes tipos de medidas, que vai desde a publicação e o reconhecimento formal do Estado pela violação, a reparação por danos morais e matérias, providências de investigação e punição dos responsáveis, dentre outras. Aqui vai se buscar destacar aqueles mais relacionadas a possível indução de políticas públicas, imaginando uma maior engenharia do Estado para dar uma resposta efetiva para que a violação dos direitos humanos não se repita, chamadas de garantias de não repetição, ou seja, procurando promover políticas públicas para enfrentamento do real problema vivenciado na sociedade brasileira, ou seja, indo além da função reparatória ou mesmo punitiva. Três casos foram selecionados a título exemplificativo para ilustrar o debate.

No caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, com sentença em 04 de julho de 2006²⁹, no caso levado até a Corte, Damião Ximenes Lopes, portador de deficiência mental, veio a falecer três dias após sua última consulta e internação na casa de Repouso “Guararapes” na cidade de Sobral/Ceará em face das condições desumanas e degradantes que cercaram seu processo de internação e pela falta de apuração dos fatos e responsabilização dos culpados. Damião apresentava sinais visíveis de espancamento. Dentre várias as condenações nesse caso, destaca-se que o debate não se resumiu à violação única e exclusivamente de Ximenes, mas tratou do fato que mas também do fato do Sistema de Saúde não fornecer profissionais qualificados, ambiente e tratamento adequado aos pacientes que necessitavam urgentemente de seus serviços. Visando então prevenir novas situações, determinou por parte do Estado o desenvolvimento de programas de capacitação para os profissionais, revisão de protocolos, especialmente referente à saúde mental.

Não de forma ainda suficiente, mas avanços aconteceram nos programas e políticas governamentais no tocante à saúde mental³⁰, tais como programas permanentes de capa-

²⁸ SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquema de análise, casos práticos. 2 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Ximenes Lopes versus Brasil*: sentença de 04 de julho de 2006 (mérito, reparações e custas). San José da Costa Rica, 2006. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 09 julho de 2020. BRASIL, Procuradoria da República. MPF disponibiliza sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos traduzidas para o português. Caso *Ximenes Lopes*. Disponível em: Disponível : <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh>. Acesso 20 de junho de 2020.

³⁰ O CAPS, mencionado anteriormente, compõe-se como um dos serviços da RAPS. Outro é o Serviço Residencial Terapêutico (SRT) que visa à reinserção social e familiar aos pacientes de longa permanência, entretanto, sua baixa institucionalização, articulação com a política habitacional dos estados e recursos para o financiamento

citação profissional, reformas nos protocolos psiquiátricos, fechamentos de casas que não estavam condizente com os novos alinhamentos para o tratamento de saúde mental. Ainda assim o relatório da Corte concluiu:

Referente à formação e capacitação dos profissionais, realizou-se o Programa Permanente de Formação de Recursos Humanos para a Reforma Psiquiátrica, Programa de Qualificação do CAPS e outros cursos de especialização na área. Apesar da iniciativa, a Corte menciona que o Brasil prestou contas de um modo geral, falando que 800 profissionais foram beneficiados, sem especificações sobre o conteúdo, período dos cursos, atualização dos beneficiados e fornecimento de seus perfis (se trabalham em instituições psiquiátricas como a Casa de Repouso Guararapes, por exemplo)³¹.

Um dos casos mais emblemáticos é o caso Gomes Lund (“Guerrilha Do Araguaia”), cuja sentença foi proferida em 24 de novembro de 2010, que trata da sentença de 24 de novembro de 2010 responsabilidade do estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, dentre eles integrantes do partido comunista e mais camponeses que residiam na região, em face dos violentos atos que resultaram em morte, tortura e ocultamento por parte do Exército brasileiro em operações realizadas entre os anos de 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964–1985)³².

Dentre as distintas partes da condenação da Corte, destaca-se aqui a garantia de não-repetição, ordenando que os Estado brasileiro implementasse um programa permanente de educação para os direitos humanos, voltado a todos os níveis hierárquico nas forças armadas e começasse um programa de desenvolvimento das mudanças educacionais para a cultura dos direitos humanos. Outro ponto relevante, foi o debate sobre o acesso à informação, devendo o Estado cooperar e facilitar o acesso aos arquivos e registros dos fatos Garantias de não repetição. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado a implementação,

dos custos traz uma rasa cobertura assistencial, impossibilitando a expansão e efetivação do serviço (O Programa de Volta para Casa é outro que também apresenta problemas, já que poucos são beneficiados: em 2010, apenas 1/3 dos internados de longa permanência utilizavam o programa. Já o Ambulatório Multiprofissional de Saúde Mental, outro serviço da rede, apresenta uma precariedade e pouca articulação aos parceiros da RAPS (CORREIA, ROSATO, 2011). Outras políticas realizadas no Brasil durante o período de 2002 a 2009 levaram ao fechamento progressivo de 16 mil leitos em hospitais psiquiátricos, porém em 2010, 35.426 leitos se encontravam ativos, o que ainda é considerado um número bem expressivo¹³ (CORREIA, ROSATO, 2011). Além do mais, os registros de mortes por maus tratos e violência nos hospitais psiquiátricos não cessaram, dada a inexistência de um sistema de vigilância e falha de comunicação entre os atuantes da rede. FERNANDES, A. P.; OLIVEIRA, I. B.; PIRANI, M.; C. O caso Ximenes Lopes em perspectiva: Saúde mental. UNISANTA LAW AND SOCIAL SCIENCE; VOL. 7, Nº 3 (2018), pp. 184 - 202, ISSN 2317-1308. P.17

³¹ FERNANDES, A. P.; OLIVEIRA, I. B.; PIRANI, M.; C. O caso Ximenes Lopes em perspectiva: Saúde mental. UNISANTA LAW AND SOCIAL SCIENCE; VOL. 7, Nº 3 (2018), pp. 184 - 202, ISSN 2317-1308. P.17.

³² BRASIL, Procuradoria da República. MPF disponibiliza sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos traduzidas para o português. Caso GOMES LUND (“Guerrilha do Araguaia”). Disponível em: Disponível : <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh>. Acesso 20 de junho de 2020.

em um prazo razoável, de programas de educação em direitos humanos permanentes dentro das Forças Armadas, em todos os níveis hierárquicos, os quais devem incluir o presente caso e os instrumentos regionais e internacionais de direitos humanos, especificamente os relacionados com o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura.

Não foi condenação direta da Corte que determinou a criação da Comissão da verdade, através da Lei 12.528/2011, cujo objetivo era prestar a sociedade satisfação quanto às violações cometidas nesse período, dar satisfação aos seus familiares e produzir uma relatoria marcando a memória e a verdade do período ditatorial vivido no Brasil e de todas as violações de direitos humanos praticadas.

Além da produção de um extenso relatório prestando contas de todos os documentos produzidos que comprovam essas violações, ao final do relatório produziu uma recomendação, que em decorrência também de tentar produzir uma resposta a condenação sofrida pelo Brasil, coloca na agenda pública uma série de ações necessárias para que tais fatos não se repitam.

Seguem abaixo transcritas as 29 recomendações do Capítulo “Conclusões e Recomendações” do Volume 1 do Relatório da CNV, que constituem, sem dúvidas, uma grande plano de ação para a implementação de programas e medidas destinadas a promoção das políticas públicas para a garantia dos direitos humanos

[1] Reconhecimento, pelas Forças Armadas, de sua responsabilidade institucional pela ocorrência de graves violações de direitos humanos durante a ditadura militar (1964 a 1985).[2] Determinação, pelos órgãos competentes, da responsabilidade jurídica – criminal, civil e administrativa – dos agentes públicos que deram causa às graves violações de direitos humanos ocorridas no período investigado pela CNV, afastando-se, em relação a esses agentes, a aplicação dos dispositivos concessivos de anistia inscritos nos artigos da Lei no 6.683, de 28 de agosto de 1979, e em outras disposições constitucionais e legais. [3] Proposição, pela administração pública, de medidas administrativas ejudiciais de regresso contra agentes públicos autores de atos que geraram a condenação do Estado em decorrência da prática de graves violações de direitos humanos. [4] Proibição da realização de eventos oficiais em comemoração ao golpemilitar de 1964. [5] Reformulação dos concursos de ingresso e dos processos de avaliação contínua nas Forças Armadas e na área de segurança pública, de modo a valorizar o conhecimento sobre os preceitos inerentes à democracia e aos direitos humanos.[6] Modificação do conteúdo curricular das academias militares e policiais, para promoção da democracia e dos direitos humanos. [7] Retificação da anotação da causa de morte no assento de óbito de pessoas mortas em decorrência de graves violações de direitos humanos. [8] Retificação de informações na Rede de Integração Nacional de Informações de Segurança Pública, Justiça e Fiscalização (Rede Infoseg) e, de forma geral, nos registros públicos. [9] Criação de mecanismos de prevenção e combate à tortura.[10] Desvinculação dos institutos médicos legais,

bem como dos órgãos de perícia criminal, das secretarias de segurança pública e das polícias civis.[11] Fortalecimento das Defensorias Públicas.[12] Dignificação do sistema prisional e do tratamento dado ao preso.[13] Instituição legal de ouvidorias externas no sistema penitenciário e nos órgãos a ele relacionados.[14] Fortalecimento de Conselhos da Comunidade para acompanhamento dos estabelecimentos penais. [15] Garantia de atendimento médico e psicossocial permanente às vítimas de graves violações de direitos humanos.[16] Promoção dos valores democráticos e dos direitos humanos na educação.[17] Apoio à instituição e ao funcionamento de órgão de proteção e promoção dos direitos humanos.[18] Revogação da Lei de Segurança Nacional.[19] Aperfeiçoamento da legislação brasileira para tipificação das figuras penais correspondentes aos crimes contra a humanidade e ao crime de desaparecimento forçado.[20] Desmilitarização das polícias militares estaduais.[21] Extinção da Justiça Militar estadual.[22] Exclusão de civis da jurisdição da Justiça Militar federal. [23] Supressão, na legislação, de referências discriminatórias das homossexualidades.[24] Alteração da legislação processual penal para eliminação da figura do auto de resistência à prisão. [25] Introdução da audiência de custódia, para prevenção da prática da tortura e de prisão ilegal.[26] Estabelecimento de órgão permanente com atribuição de dar seguimento às ações e recomendações da CNV. [27] Prosseguimento das atividades voltadas à localização, identificação e entrega aos familiares ou pessoas legitimadas, para sepultamento digno, dos restos mortais dos desaparecidos políticos. [28] Preservação da memória das graves violações de direitos humanos. [29] Prosseguimento e fortalecimento da política de localização e abertura dos arquivos da ditadura militar³³.

Em outra decisão bastante importante temos o caso dos Trabalhadores Da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil, sentença de 20 de outubro de 2016. Trata-se da prática de trabalho forçado e servidão por dívidas na Fazenda Brasil Verde, localizada no Estado do Pará. Na narrativa de inúmero trabalhadores que se encontravam no local, tem-se a obrigatoriedade de permanência no local, condições análogas à escravidão, alojamentos sem qualquer condição sanitária, falta de salários, que deveriam trocar sua remuneração por comida, abrigo e alimentações, ainda que oferecidos em condições indignas. O estado figura no caso, pois seria conhecer de tais circunstâncias desde o ano 1989, mantendo-se omissos diante a situação de violação de direitos humanos. Dentre as políticas públicas para buscar prevenir que tais situações se repitam, a Comissão já havia recomendado e posteriormente o Brasil será condenado a:

i) a implementação contínua das políticas públicas e de medidas legislativas e de outra natureza para a erradicação do trabalho escravo; em especial, o Estado deve monitorar a aplicação e punição de pessoas responsáveis por trabalho escravo, em todos os

³³ BRASIL, Comissão nacional da Verdade. Disponível em: <http://memoriasdaditadura.org.br/comissao-nacional-da-verdade-2/#as-recomendacoes-da-cnv>. Acesso 20 de julho de 2020.

níveis; ii) o fortalecimento do sistema jurídico e a criação de mecanismos de coordenação entre a jurisdição penal e a jurisdição trabalhista para superar os vazios gerados na investigação, processamento e punição das pessoas responsáveis pelos delitos de servidão e trabalho forçado; iii) assegurar o estrito cumprimento das leis trabalhistas relativas às jornadas laborais e o pagamento em igualdade em relação aos demais trabalhadores assalariados e iv) a adoção das medidas necessárias para erradicar todo tipo de discriminação racial, em particular levar a cabo campanhas de conscientização da população nacional e dos funcionários do Estado, incluindo os operadores de justiça, sobre discriminação e submissão a servidão e trabalho forçado³⁴.

No entanto, o acompanhamento por parte da Corte, já identificou a falha na rede de proteção e na organização das políticas públicas para o enfretamento do trabalho escravo no Brasil, que vão desde uma cultura ainda escravagista e de exploração de mão de obra, até a falta de aparato e estrutura governamental para tanto, indicando:

“(...) a pessoal capacitado, o déficit de auditores fiscais do trabalho, a falta de equipamento público e redes de atuação estatal para atender às demandas; a diminuição de órgãos que integram os Grupos Especiais de Fiscalização Móvel, bem como de membros da Polícia Federal, para atuarem como polícia judiciária e logística no combate ao trabalho escravo³⁵.

Esses são alguns dos exemplos para apenas demonstrar a capacidade das sentenças e recomendações da Corte de influenciar na agenda, no planejamento, nas decisões quanto à execução das políticas públicas e, mesmo contribuir para a avaliação posterior quanto a efetividade das medidas tomadas. Lembrando, evidentemente, que o plano da decisão, organização e implementação de políticas públicas é interno e se dará de acordo com as capacidades dos Estados partes, tanto em relação as possibilidades previstas normativamente quanto a capacidade de implementação e articulação de medidas que visem promover, proteger, garantir e reparar qualquer violação à direitos humanos. Lembrando que nesse caso, a prevenção é sempre o melhor caminho.

³⁴ BRASIL, Procuradoria da República. MPF disponibiliza sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos traduzidas para o português. Caso TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE. Disponível em: Disponível : <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh>. Acesso 20 de junho de 2020. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros versus Brasil: sentença de 04 de julho de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2010. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 09 julho 2020.

³⁵ BRASIL, Procuradoria da República. MPF disponibiliza sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos traduzidas para o português. Caso TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE. Disponível em: Disponível : <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh>. Acesso 20 de junho de 2020.

4. Considerações finais

É notório que o papel da Corte vem vivenciando significativas alterações, especialmente no âmbito de ampliação dos participantes, nos temas que tem sido objeto de enfrentamento e em sua missão de prevenir novas violações. Para tanto, as sentenças cada vez mais estruturadas, tendem a indicar aos Estados, caminhos para uma maior concretização dos compromissos assumidos nos tratados e pactos internacionais.

Isso tem levado a um certo protagonismo no âmbito das sentenças da Corte, de sugerir programas e ações por parte dos Estados partes que considera essencial para a proteção dos direitos humanos. Para além dos intensos e relevantes debates que tais condutas podem suscitar no âmbito da legitimidade da Corte e de um possível excesso de ativismo, esse trabalho buscou recortar o enfoque, ao indagar se, em tais decisões, a Corte assume um papel de indutora de políticas públicas.

Para responder esse problema, viu-se que as políticas públicas não se reduzem ao campo de concretização dos direitos sociais, e que sequer podem ser observadas apenas no momento de sua implementação, daí a essencialidade de compreendermos como se dá o ciclo das políticas públicas.

O fato é que as condenações da corte, especialmente as de caráter de não-repetição, tendem a forçar a entrada do tema na agenda das políticas públicas, justamente o espaço é marcado pelo debate político. Como tais descumprimento podem gerar impactos não apenas de ordem jurídica, em três casos dos mencionados no texto, qual sejam, Ximenes Lopes, Gomes Lund e Fazenda Brasil Verde, pode-se observar o seu potencial em induzir políticas públicas, algumas delas, implementadas inclusive com referência a decisão da Corte. Qual a legitimidade e mesmo os limites dessa atuação, certamente é um tema que ainda necessita ser seriamente explorado.

Referências

- ABRAMOVICH, Victor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos. In **Revista Internacional de Derechos Humanos**, v. 6. n. 11., 2009.
- ACCIOLO, Hildebrando, SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. AZEVEDO, D. M.; LEAL, M. C. H. A postura preventiva adotada pela Corte Interamericana de Derechos Humanos: noções de “dever de proteção” do Estado como fundamento para a utilização das “sentenças estruturantes”. **Novos Estudos Jurídicos** (Online), v. 21, p. 442-461, 2016.
- BITENCOURT. Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Editora Frabras, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL, Procuradoria da República. MPF disponibiliza sentenças da Corte Interamericana de Derechos Humanos traduzidas para o português. Caso TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE.

BRASIL, Procuradoria da República. MPF disponibiliza sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos traduzidas para o português. Caso GOMES LUND (“Guerrilha do Araguaia”)

BRASIL, Comissão nacional da Verdade. Disponível em: <http://memoriasdaditadura.org.br/comissao-nacional-da-verdade-2/#as-recomendacoes-da-cnv>. Acesso 20 de julho de 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. In “Apresentação” de PIOVESAN, Flávia. PIOVESAN, Flávia. “Direitos Humanos e Globalização” In: **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad. 1998.

CARVALHO RAMOS, André de. Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do/JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.) **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**: sentença de 04 de julho de 2006 (mérito, reparações e custas). San José da Costa Rica, 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 09 julho de 2020.

FERNANDES, A. P.; OLIVEIRA, I. B.; PIRANI, M; C. **O caso Ximenes Lopes em perspectiva: Saúde mental**. UNISANTA LAW AND SOCIAL SCIENCE; VOL. 7, Nº 3 (2018), pp. 184 - 202, ISSN 2317-1308. P.17.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 380 p. (Coleção Ciências criminais ; v. 4).

HERKENHOFF, J. B. **Direitos Humanos. A Construção Universal de uma Utopia**. Aparecida: Santuário. 1997.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig ; ALVES, Felipe Dalenogare . A Corte Interamericana de Direitos Humanos como indutora de políticas públicas estruturantes: o exemplo da educação em direitos humanos - uma análise dos casos ximenes lopes e gomes lund versus brasil - perspectivas e desafios ao cumprimento das decisões. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 15, p. 287-300, 2015.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40518>. P.135.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)**. Disponível em: Disponível em https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2017.pdf . Acesso 20 de junho de 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RESENDE, Augusto César Leite de. A executividade das sentenças da corte interamericana de direitos humanos no Brasil. **Revista de Direito Internacional, Brasília**, v. 10, n. 2, 2013 p. 225-236.

SCHIMIDT, João Pedro. Para estudar Políticas Públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito** [ISSN 1982-9957]. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/ dez. 2018. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>. Acesso em 08 jul. 2020.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquema de análise, casos práticos**. 2 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

O DIREITO HUMANO À COMUNICAÇÃO PRÉVIA E PORMENORIZADA DAS ACUSAÇÕES NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS: O DESPREZO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS*

DANIEL WUNDER HACHEM**

ELOI PETHECHUST***

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Os direitos humanos como elementos integrantes do bloco de constitucionalidade e a hierarquia dos tratados internacionais no Direito brasileiro; 3. A descrição prévia e pormenorizada das condutas do acusado no processo administrativo disciplinar como desdobramento dos direitos ao contraditório e à ampla defesa: entre o silêncio da Lei nº 8.112/90 e a previsão expressa do Pacto de San José da Costa Rica; 4. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça brasileiro sobre o dever de especificação das condutas no ato de instauração do processo administrativo disciplinar; 5. A aplicação das garantias do art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica aos processos administrativos e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 6. Conclusão: a necessidade de adequação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e da Administração Pública brasileira ao art. 8º, n. 2, “b” do Pacto de San José da Costa Rica, ao art. 14, item 3, letra a) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Referências.

* Uma primeira versão deste artigo foi publicada na *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 589-610, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3466>>.

** Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da da Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Pós-Doutorado pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Bolsa CAPES/PDE). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Advogado. E-mail: danielhachem@gmail.com.

*** Professor do Curso de Direito da FAE Centro Universitário (Curitiba-PR). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Advogado. E-mail: pethechust@hotmail.com.

1. Introdução

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro (STJ)¹ consolidou nos últimos anos entendimento segundo o qual os atos administrativos de instauração dos processos administrativos disciplinares regidos pela Lei nº 8.112/90 não demandam uma descrição minudente e detalhada dos fatos imputados ao acusado.² Ou seja: de acordo com a posição atual pacificada pela Corte, baseada exclusivamente na interpretação da legislação nacional, o acusado em processos administrativos de cunho sancionador não precisa receber, antes do exercício do seu direito ao contraditório e à ampla defesa, uma comunicação prévia e pormenorizada das acusações que lhe são assacadas.

Ocorre que a interpretação das normas legais não pode ser feita de forma isolada. Ela deve ser realizada de forma sistemática,³ levando em consideração também as previsões estabelecidas na Constituição e nos tratados internacionais. Entre os direitos e garantias albergados pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 1992, encontra-se textualmente previsto em seu art. 8º, n. 2, “b” o direito do acusado à *prévia e pormenorizada* descrição dos fatos relativos à acusação que lhe foi dirigida. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, tem proferido importantes decisões a respeito do conteúdo jurídico do mencionado direito e da sua incidência nos processos administrativos,⁴ as quais, em princípio, parecem estar em desacordo com o posicionamento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

O problema jurídico que surge, nessa conjuntura, é o seguinte: as “garantias judiciais” do art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica (e entre elas o direito do art. 8º, n. 2, “b”) são aplicáveis também aos processos extrajudiciais, como é o caso dos processos administrativos sancionadores? Em caso positivo, a hierarquia de tais tratados, superior à da legislação ordinária, obriga a Administração Pública a respeitá-los mesmo nos casos em que a lei em sentido formal dispuser um procedimento que lhes seja contrário? Levando

¹ É importante observar que na organização judiciária brasileira o Superior Tribunal de Justiça possui como principal função (além de outras) a de uniformizar a jurisprudência dos tribunais brasileiros a respeito da interpretação das leis federais. Suas competências estão estabelecidas no art. 105 da Constituição Federal. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal tem como função primordial – além de outras incumbências – a guarda da Constituição, atuando como Corte Constitucional no exercício do controle de constitucionalidade e como revisor das decisões de outros tribunais que ofendam a Constituição ou interpretem-na da forma inadequada. Suas atribuições estão definidas no art. 102 da Constituição Federal.

² Algumas das diversas decisões do Tribunal representativas desse posicionamento serão analisadas no tópico “4. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça brasileiro sobre o dever de especificação das condutas no ato de instauração do processo administrativo disciplinar”.

³ FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, ano 4, n. 8, p. 13-35, 2002.

⁴ A análise de tais decisões será empreendida no tópico “5. A aplicação das garantias do art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos aos processos administrativos”.

em conta tais considerações, não estaria o Superior Tribunal de Justiça supervalorizando a legislação ordinária nacional em detrimento de previsões mais protetivas inscritas em um tratado internacional de direitos humanos? Qual é a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do assunto e qual deve ser o seu impacto na jurisprudência dos Tribunais Superiores nacionais?

Em suma, a questão essencial por trás da discussão ora iniciada consiste na relação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, seja no plano *normativo*, relativo aos impactos dos tratados sobre a legislação nacional, seja no plano *jurisprudencial*, referente à influência (ou ausência dela) das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as posições dos tribunais brasileiros.⁵

Nesse contexto, com o intuito de responder as indagações acima apresentadas, o presente artigo se propõe a investigar: (i) a hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos na ordem jurídica brasileira; (ii) a compatibilidade das disposições normativas pertinentes ao processo administrativo disciplinar regido pela Lei nº 8.112/90 com o art. 8º, n. 2, “b” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; (iii) o atual posicionamento do STJ quanto à necessidade de constar, no ato que inaugura o processo disciplinar, a minuciosa descrição dos fatos a serem apurados; (iv) a possibilidade de aplicação das garantias do art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos aos processos administrativos (e não apenas aos processos judiciais); e, por fim, (v) questionar o entendimento exarado pelo STJ no que tange à (in)aplicabilidade do art. 8º, n. 2, “b” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos aos processos administrativos, verificando se a jurisprudência do Tribunal se encontra ou não alinhada ao referido tratado internacional e ao entendimento manifestado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2. Os direitos humanos como elementos integrantes do bloco de constitucionalidade e a hierarquia dos tratados internacionais no Direito brasileiro

A noção de *bloco de constitucionalidade* surge no Direito francês na década de 1970, em decisão do Conselho Constitucional que admitiu a normatividade do Preâmbulo da Constituição de 1958 e das demais fontes jurídicas às quais ele se reporta. Desde então, as disposições de todos os documentos normativos referidos no Preâmbulo constitucional francês passaram a ser consideradas como normas integrantes da Constituição, tão juridicamente aplicáveis quanto as que efetivamente constam do seu corpo. A expressão “bloco

⁵ Sobre a atualidade dessa inter-relação entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a jurisdição nacional, ver: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba**, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40518>.

de constitucionalidade”, no entanto, jamais foi empregada pela jurisprudência constitucional, tendo aparecido somente no meio doutrinário a partir de um trabalho de Louis Favoreu.⁶

O autor inspirou-se na locução “bloco de legalidade”, habitualmente utilizada no Direito Administrativo por autores como Maurice Hauriou para aludir ao plexo de normas que não decorriam da lei formal, mas que eram igualmente de observância obrigatória para a Administração Pública (tais como os regulamentos⁷ e os então chamados “princípios gerais do Direito”).⁸ A partir da doutrina de Maurice Hauriou, Louis Favoreu transportou a ideia de “bloco” para a seara constitucional e criou a expressão “*bloc de constitutionnalité*”, designando o grupo de normas que, juntamente com a Constituição positivada de um Estado, formam um bloco normativo de nível hierárquico constitucional.⁹

Na jurisprudência francesa, a existência de um “bloco de constitucionalidade” – ainda que sem referência a essa expressão – foi pela primeira vez reconhecida em 1971, em decisão do Conselho Constitucional, ao se admitir que no sistema jurídico francês o conjunto de normas composto pela Constituição de 1958, o Preâmbulo da Constituição de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e os princípios e direitos fundamentais reconhecidos pelas Leis da República compunham um bloco de princípios e regras que possuíam caráter normativo dotado de nível hierárquico constitucional. Na decisão, o Conselho francês reconheceu, com base no Preâmbulo da Constituição de 1958 e nas fontes jurídicas nele referidas, a liberdade de associação como um princípio fundamental presente nas Leis da República, possuindo, portanto, valor constitucional, ainda que não fosse um direito codificado no corpo da Constituição em vigor.

Atualmente, o termo “bloco de constitucionalidade” designa, no Direito francês, o conjunto de elementos normativos aos quais se reconhece hierarquia constitucional, ainda que não se encontrem formalmente escritos no texto da Constituição de 1958. Esse complexo de normas funciona como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis, exercido pelo Conselho Constitucional. Seus componentes são múltiplos e hodiernamente compreendem, além do próprio texto da Constituição de 1958 (inclusive o seu Preâmbulo), o Preâmbulo da Constituição de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

⁶ FAVOREU, Louis. Le principe de constitutionnalité: essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil constitutionnel. In: **Recueil d’études en hommage à Charles Eisenmann**. Paris: Cujas, 1975. p. 33.

⁷ A respeito do tema, assim se manifestou Maurice Hauriou: “Se a violação de um regulamento orgânico enseja indenizações reparatórias de danos, se ela enseja nulidade de decisões administrativas ou reforma de julgamentos que aplicaram mal o regulamento, assim como se houvessem aplicado mal a lei, percebe-se que o regulamento orgânico penetra no *bloco da legalidade* por todas as vias que conduzem a isso. O regulamento orgânico se converteu, pela jurisprudência, um elemento da legalidade”. HAURIOU, Maurice. **Notes d’arrêts sur décisions du Conseil d’État et du Tribunal des Conflits**: publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928. t. I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. p. 49.

⁸ FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, nº 5, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 45-68, ene./abr. 1990. p. 46-47.

⁹ FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, nº 5, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 45-68, ene./abr. 1990. p. 47.

de 1789, os ditos “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”,¹⁰ outros princípios e objetivos de valor constitucional identificados pelo *Conseil Constitutionnel*,¹¹ bem como a Carta do Meio-Ambiente incorporada ao Preâmbulo da Constituição vigente em 2005. Todas essas parcelas do bloco situam-se no mesmo patamar hierárquico-normativo – isto é: em nível constitucional – inexistindo relação de superioridade/inferioridade entre elas.

Essa ideia construída pioneiramente na França foi incorporada com sentido similar – ainda que adquirindo especificidades e contornos próprios – aos sistemas jurídicos de diversos Estados, tais como Espanha,¹² Itália,¹³ México,¹⁴ Peru,¹⁵ Colômbia,¹⁶ Argen-

¹⁰ VEDEL, Georges. La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité. In: CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence**: colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel. Paris: Presses Universitaires de France, 1989. p. 52.

¹¹ Mencione-se como exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana, não inscrito no texto constitucional francês, mas guiado à condição de “princípio de valor constitucional” pelo *Conseil Constitutionnel* ao analisar as leis de bioética na decisão nº 94-343/344 DC de 27 de julho de 1994. Ampliar em: GIMENO-CABRERA, Véronique. **Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du Tribunal Constitutionnel espagnol**. Paris: LGDJ, 2004.

¹² FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad**: en torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1981; RUBIO LLORENTE, Francisco. El bloque de constitucionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, nº 27, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 9-38, sep./dic. 1989; GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después. **Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto**, vol. 54, nº 1, Bilbao, Universidad de Deusto, p. 61-98, ene./jun. 2006; LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena. Reflexiones en torno al concepto del bloque de la constitucionalidad. In: MORODO LEONCIO, Raúl; VEGA GARCÍA, Pedro de (Coords.). **Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú**. v. 4. Madrid: Universidad Complutense – Facultad de Derecho, 2001. p. 2609-2622.

¹³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1988. p. 123.

¹⁴ ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del. De la supremacía constitucional a la supremacía de convencionalidad. La nueva conformación del bloque de constitucionalidad en México. **Quid Iuris**, año 8, vol. 22, Chihuahua, Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, p. 93-118, sep./nov. 2013; DÍAZ MADRIGAL, Ivonne Nohemi. El debido proceso en instrumentos internacionales y el nuevo bloque de constitucionalidad en el sistema jurídico mexicano. **Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia**, nº 20, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 167-194, jul./dic. 2012; MORALES MORALES, Alejandra Virginia. ODIMBA ON’ETAMBALAKO WETSHOKONDA, Jean Cadet. La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México. **Revista Prolegómenos: Derechos y Valores de la Facultad de Derecho**, vol. 14, nº 27, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, p. 135-146, ene./jun. 2011.

¹⁵ HAKANSSON NIETO, Carlos. El reconocimiento judicial del bloque de constitucionalidad. Un estudio con especial referencia al ordenamiento jurídico peruano. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coords.). **La ciencia del derecho procesal constitucional**: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. t. IV. México: UNAM/Marcial Pons, 2008. p. 763-780.

¹⁶ REINA GARCÍA, Óscar M. Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad. **Revista Derecho del Estado**, nº 29, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 175-214, jul./dic. 2012; REY CANTOR, Ernesto. El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos. **Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, año 4, nº 2, Santiago de Chile, Universidad de Talca, p. 299-334, jul./dic. 2006; OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. El bloque de constitucionalidad en Colombia. **Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, año 1, nº 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, p. 231-242, ene./dic. 2005; RAMELLI, Alejandro. Sistema de fuentes de derecho internacional público y “bloque de constitucionalidad” en Colombia. **Cuestiones constitucionales: Revista**

tina,¹⁷ Uruguai,¹⁸ Panamá,¹⁹ República Dominicana,²⁰ entre outros. Na América Latina, grande parte das Constituições aderiu às cláusulas constitucionais abertas, permitindo a “integração entre a ordem constitucional e internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade.”²¹

No sistema normativo brasileiro vigente, a teoria do bloco de constitucionalidade foi incorporada pela via do §2º, do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, no qual se estabelece que os direitos e garantias expressos na 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.”

Através da Emenda Constitucional nº 45/2004 foi acrescido o §3º ao art. 5º da Constituição, o qual pode ser considerado uma norma interpretativa do disposto no §2º, ao estabelecer que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” E isso porque o novo dispositivo surgiu com o objetivo de esclarecer qual seria o patamar hierárquico no qual se encontram situadas as normas veiculadas por tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A partir desses dispositivos constitucionais, pode-se afirmar que no sistema normativo pátrio os direitos e garantias fundamentais não se encontram apenas positivados tex-

Mexicana de Derecho Constitucional, nº 11, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 157-175, jul./dic. 2004.

¹⁷ MANILI, Pablo Luis. **El bloque de constitucionalidad**: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino. Buenos Aires: La Ley, 2003; CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana. Impacto del bloque de constitucionalidad en la interpretación del derecho común: La interpretación amplia de los abortos permitidos en Argentina. **Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, año 10, nº 2, Santiago de Chile, Universidad de Talca, p. 193-230, jul./dic. 2012; GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 239-250, abr./jun. 2010. p. 241; CASSAGNE, Juan Carlos. La jerarquía y regulación de los Tratados en la Constitución argentina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 199-216, abr./jun. 2010.

¹⁸ FORMENTO, Augusto, DELPIAZZO, José Miguel. Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas. **Revista de Derecho**, nº 18, Montevideo, Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, p. 101-113, jul./dic. 2010; BARBAGELATA, Héctor-Hugo. La consagración legislativa y jurisprudencial del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos. **Derecho Laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales**, nº 237, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p. 141-155, ene./mar. 2010.

¹⁹ HOYOS, Arturo. El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nº 75, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 785-807, sep./dic. 1992.

²⁰ REPÚBLICA DOMINICANA. El bloque de constitucionalidad en la determinación de los principios fundamentales del debido proceso. Extracto de la Resolución de la Suprema Corte de Justicia, República Dominicana, 13 de noviembre de 2003. **Diálogo Jurisprudencial**, nº 3, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 27-50, jul./dic. 2007.

²¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 139.

tualmente no corpo da Constituição e no catálogo do Título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”), sendo também assegurados em normas que decorrem do regime democrático e dos princípios constitucionais, bem como naquelas sediadas em tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário. Por força do art. 5º, §2º da Constituição Federal, consideram-se direitos *materialmente* fundamentais: (i) os expressamente positivados na enumeração do Título II da CF; (ii) os implícitos e subentendidos nos enunciados normativos desse mesmo apartado da Constituição; (iii) os proclamados explicitamente em outras partes do texto constitucional que se assemelhem àqueles inscritos no rol do Título II em termos de conteúdo e importância; (iv) os previstos nos tratados internacionais de direitos humanos; (v) os que não estejam anunciados em texto normativo algum, mas que decorram dos princípios e do regime constitucionalmente adotados.

Portanto, a noção de bloco de constitucionalidade é evidentemente vigente na ordem jurídica nacional, eis que a própria Constituição de 1988 permitiu expressamente a entrada no plano constitucional de normas não inscritas expressamente em seu texto. Essa abertura da normatividade constitucional é amplamente reconhecida na doutrina nacional, como se denota nos trabalhos de Ana Maria D’Ávila Lopes²², Celso Lafer²³, Flávia Piovesan²⁴, Ingo Wolfgang Sarlet²⁵, Valério de Oliveira Mazzuoli,²⁶ dentre outros.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – em reiteradas decisões – atesta a existência, no Direito brasileiro, de um bloco normativo composto por preceitos que, embora sediados em outras fontes jurídicas que não o texto da Constituição, também integram o elenco de direitos constitucionalmente consagrados.²⁷

²² LOPES, Ana Maria D’Ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. **Seqüência: Publicação do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC**, nº 59, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, p. 43-60, jul./dez. 2009. p. 48-49.

²³ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005. p. 15 e ss.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 113 e ss.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2010. p. 78 e ss.

²⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 694-695.

²⁷ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 595/ES, Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 18.02.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=595&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 de jun. 2015; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 514/PI. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 24.03.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=514&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 de jun. 2015; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4222 AgR/DF. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 01.08.2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6631759>>. Acesso em: 23 de jun. 2015; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91361. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23.09.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573717>>. Acesso em: 23 de jun. 2015; BRASIL. Supremo Tribu-

Resta evidente que os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao sistema normativo nacional por meio do procedimento estabelecido no §3º do art. 5º da Constituição Federal – similar ao procedimento de aprovação de emendas constitucionais – gozam de hierarquia constitucional. Sobre esse ponto parece não haver qualquer dúvida ou controvérsia, diante da literalidade do citado dispositivo constitucional. Entretanto, não se pode dizer o mesmo em relação às normas de Direito Internacional que versem sobre direitos humanos e que foram incorporadas ao ordenamento pátrio antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 (que acrescentou o §3º ao art. 5º da CF) através do procedimento legislativo simplificado, não submetidos às regras do processo de internalização delimitadas pelo §3º do art. 5º da CF/88. Nestes casos, a doutrina e jurisprudência divergem.

Dentre as duas posições mais expressivas, de um lado encontram-se os que defendem que: *a)* os tratados internacionais de direitos humanos não incorporados pelos trâmites do §3º do art. 5º da CF são normas *materialmente* constitucionais, por força do art. 5º, §2º que já estava inserido na redação original da Constituição, possuindo o mesmo patamar hierárquico-normativo das demais normas constitucionais;²⁸ e, do outro lado, aqueles que sustentam que: *b)* as normas internacionais de direitos humanos incorporadas pelo Direito interno sem observância das peculiaridades procedimentais do §3º, do art. 5º, da CF possuem status infraconstitucional (encontram-se abaixo da Constituição), mas supralegal (estão acima da legislação ordinária).²⁹

Apesar de o §3º do art. 5º da Constituição Federal ter gerado essas divergências interpretativas, o Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) concluiu que: *a)* os tratados de direitos humanos aprovados nos termos do §3º do art. 5º da CF detêm hierarquia constitucional; *b)* os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento sem observar o rito fixado no §3º do art. 5º da CF situam-se em um patamar inferior à Constituição (infraconstitucional), não podendo alterá-la, mas superior às leis (supralegal), revogando as disposições legais que lhes forem contrárias ou incompatíveis. Assim se manifestou o STF, entendendo que “o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva

nal Federal. Habeas Corpus nº 87585. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 03.12.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 23 de jun. 2015; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466343. Relator Min. Cezar Peluso. Julgado em 03.12.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

²⁸ É a posição defendida por PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 126-130.

²⁹ É o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 597.285. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 18.05.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=597285&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna.”³⁰

Parte da doutrina, no entanto, defende posição diversa da Suprema Corte Federal. Sustentam tais autores, como é o caso de Flávia Piovesan, que todos os tratados de direitos humanos aos quais o Estado brasileiro aderiu, independentemente de terem observado ou não os trâmites legislativos descritos no art. 5º, §3º, da CF, desfrutaram, por força do §2º do art. 5º da CF, de hierarquia de normas *materialmente* constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade, ao passo que os tratados de direitos humanos internalizados com base no trâmite do §3º de art. 5º da CF, além de serem *materialmente* também são *formalmente* constitucionais, fato que lhes atribui as prerrogativas inerentes às emendas constitucionais.³¹

Assim, “enquanto os tratados *materialmente* constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia ‘(ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado)’, os tratados *material* e *formalmente* constitucionais, por sua vez, não podem ser denunciados”³², pois equiparam-se às emendas à Constituição, que possuem processo legislativo mais rigoroso para alterações e impossibilidade de exclusão no caso de veicularem direitos fundamentais, já que esses são arrolados como cláusulas pétreas pelo texto constitucional brasileiro (art. 60, §4º, IV, CF).

Discordando-se da solução a que chegou a Suprema Corte brasileira, o presente estudo acolhe o entendimento manifestado por Flávia Piovesan de que ambas as espécies de tratados internacionais – os incorporados antes e os internalizados depois da EC nº 45/2004 – veiculam direitos considerados *materialmente* fundamentais, motivo pelo qual todos eles integram o chamado “bloco de constitucionalidade” e posicionam-se no mesmo patamar hierárquico das normas constitucionais.

Logo, conclui-se que, existindo conflito entre as normas internacionais de direitos humanos e qualquer disciplina normativa infraconstitucional, deve prevalecer a disposição estabelecida no ato normativo internacional. Esse entendimento se baseia não apenas na construção teórica tecida até o momento, mas também nos princípios da boa-fé e do *pacta sunt servanda* no Direito Internacional,³³ no caráter *jus cogens* inerente a significativa

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349703. Relator Min. Carlos Britto. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 03.12.2008. DJe-104, divulgado em 04.06.2009 e publicado em 05.06.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

³¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65-67; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2010. p. 129.

³² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 145.

³³ Nesse sentido dispõe a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 1969 e ratificada pelo Brasil em 2009, em seu art. 26, que assim estabelece “*Pacta sunt servanda* - Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”.

parcela das normas previstas nos tratados de direitos humanos, bem como no que dispõe o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (“Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”).³⁴

3. A descrição prévia e pormenorizada das condutas do acusado no processo administrativo disciplinar como desdobramento dos direitos ao contraditório e à ampla defesa: entre o silêncio da Lei nº 8.112/90 e a previsão expressa do Pacto de San José da Costa Rica

A Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, dentre suas disposições normativas disciplina o processo para apuração de condutas ilícitas praticadas pelos servidores públicos no exercício de suas funções ou em razão delas.

A lei em questão estabelece em seu art. 143 que “A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado *ampla defesa*”. Em ambos os casos, sindicância ou processo disciplinar, a instauração se dá por meio de portaria inaugural, ato que dá início ao processo de averiguação das denúncias.

Ocorre que a Lei nº 8.112/90 não estabelece quais requisitos devem estar presentes no instrumento inaugural. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 também não possui qualquer referência explícita nesse sentido, assegurando apenas em seu art. 5º, LV, que “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*”.

Contudo, em ambos os casos, tanto o art. 143 da Lei nº 8.112/90 quanto a art. 5º, LV da CF asseguram ao servidor público o direito a uma “*ampla defesa*”, e, especificamente na Constituição, a norma refere-se a uma ampla defesa com “*todos os meios e recursos a ela inerentes*”. O art. 2º da Lei nº 9.784/99, que rege os processos administrativos no âmbito federal, também submete a Administração Pública aos princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 2º, *caput*) e ao dever de respeitar a “*garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio*” (art. 2º, parágrafo único, X).³⁵

³⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 122.

³⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 107-135, out./dez. 2014. p. 113.

O direito à *ampla defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes* apresenta conteúdo jurídico bastante abrangente e possui uma série de desdobramentos, os quais encontram-se previstos explicita e implicitamente na Constituição, na legislação ordinária e em tratados internacionais de direitos humanos.³⁶ Exemplificativamente, pode-se citar alguns desses desdobramentos do direito de defesa: (i) o dever de individualização e especificação das condutas no ato de instauração do processo; (ii) o caráter prévio da defesa³⁷; (iii) o direito de oferecer e produzir provas³⁸; (iv) o direito à autodefesa³⁹; (v) o direito à defesa técnica por advogado⁴⁰; (vi) a concessão ao acusado do tempo adequado para a preparação da sua defesa.⁴¹

Do rol apresentado verifica-se que nenhuma dessas especificações inerentes à ampla defesa consta de forma expressa, nesses exatos termos, no texto da Constituição. Contudo, podem ser deduzidas tacitamente do disposto na parte final do art. 5º, LV (“com todos os meios e recursos a ela inerentes”), mediante uma interpretação teleológica e sistemática da ordem constitucional, bem como, em alguns casos, por estarem explicitamente positivadas em convenções internacionais de direitos humanos incorporadas ao Direito brasileiro.⁴²

Alguns desses desdobramentos do direito de defesa foram contemplados textualmente no rol de direitos humanos consagrados pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica. A Convenção Americana, formada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, foi subscrita durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 1969, na cidade de San José da Costa Rica. O instrumento internacional foi ratificado pelo Brasil em 1992, sendo, desde então, parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro. Cabe acrescentar que o Brasil, ao aderir ao Pacto Internacional não subscreveu qualquer reserva em relação ao conteúdo do seu art. 8º.⁴³ Logo, seu conteúdo integral encontra-se vigente no Direito pátrio.

³⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 39, Belo Horizonte, Fórum, p. 27-64, jan./mar. 2010. p. 36.

³⁷ PIOVESAN, Flávia (coordenadora geral). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: Editora DPJ, 2008. p. 1216-1217.

³⁸ PIOVESAN, Flávia (coordenadora geral). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: Editora DPJ, 2008. p. 1220.

³⁹ PIOVESAN, Flávia (coordenadora geral). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: Editora DPJ, 2008. p. 1219.

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia (coordenadora geral). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: Editora DPJ, 2008. p. 1221.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia (coordenadora geral). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: Editora DPJ, 2008. p. 1218-1219.

⁴² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 309.

⁴³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 174

Dentre os direitos e garantias albergados pelo aludido tratado internacional, encontra-se expressamente descrito em seu art. 8º, n. 2, “b”, o direito do acusado à prévia e pormenorizada descrição dos fatos na acusação que lhe foi dirigida. Observe-se o que dispõe o mencionado dispositivo: “Art. 8º. (...) n. 2. (...) Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) b) *comunicación prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada*”.

Constata-se que o art. 8º, n. 2, “b” da Convenção especifica sem rodeios que toda pessoa possui, como garantia mínima, o direito de ser notificado/informado sobre os fatos da denúncia de forma *pormenorizada, detalhada, específica e prévia*. Não se trata, pois, de qualquer notificação: o tratado exige a descrição pormenorizada de qual ou quais condutas estão sendo imputadas ao agente, bem como o seu enquadramento legal.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentenciado em 2005, ao interpretar o art. 8º, n. 2, “b” da Convenção Americana, entendeu que “*la descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan*”.⁴⁴

A descrição prévia e pormenorizada da natureza e da causa da acusação, bem como o seu respectivo enquadramento em um tipo infracional estabelecido em lei, permitem ao acusado defender-se com a precisão necessária, seja em relação ao marco fático apresentado ou à subsunção normativa da conduta. O conhecimento prévio e detalhado da acusação consiste em um pressuposto lógico do direito de defesa, afinal, ninguém pode defender-se de algo que não conhece.⁴⁵ Caso o acusado não tome conhecimento prévio dos fatos materiais e de sua classificação legal, não poderá inquirir testemunhas ou produzir provas documentais e periciais que robusteçam sua defesa, já que não saberá especificamente quais provas lhe serão úteis.

Nesse sentido, merece destaque a doutrina de Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono, ao assinalar que “*lo esencial es que quien se ve afectado por la actividad persecutoria del Estado conozca oportunamente el motivo, el significado y las posibles repercusiones de esa actividad, porque sólo así puede enfrentarla adecuadamente*”. E conclui o autor que “*sólo resulta posible preparar adecuadamente la defensa si se conoce la acusación*”.⁴⁶

⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Sentencia de 20 de junio de 2005, pars. 67 e 68. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁴⁵ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista (Colaborador). **Administración Pública, jurisdicción y derechos humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 183.

⁴⁶ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista (Colaborador). **Administración Pública, jurisdicción y derechos humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 183.

Por fim, cabe ressaltar que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também ratificado pelo Brasil em 1992, igualmente prevê em seu art. 14, item 3, letra “a”, o direito de todo acusado de ser informado de forma minuciosa dos motivos da acusação contra ele formulada. O dispositivo define que “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de *forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação* contra ela formulada”. A norma em questão reforça o disposto no art. 8º, n. 2, “b” do Pacto de San José, demonstrando a preocupação no âmbito internacional de que sejam asseguradas garantias mínimas ao cidadão acusado de ter praticado uma infração.

À luz de tudo o que foi dito, infere-se que no processo administrativo disciplinar disposto na Lei nº 8.112/90 deve ser observado o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, com todos os desdobramentos que lhe são inerentes, entre eles a descrição prévia e pormenorizada das condutas do acusado, conforme prevê o art. 8º, n. 2, “b” do Pacto de San José da Costa Rica, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴⁷ e o art. 14, item 3, letra a) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

4. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça brasileiro sobre o dever de especificação das condutas no ato de instauração do processo administrativo disciplinar

Conforme enfatizado no início do tópico antecedente, a Lei nº 8.112/90 prevê que a instauração da sindicância ou processo disciplinar se dá por meio de portaria inaugural, ato que dá início ao processo de averiguação das denúncias. No entanto, tal diploma legal não estabelece quais requisitos devem estar presentes no instrumento inaugural, indicando apenas que deve ser assegurado o direito à ampla defesa.

Diante do silêncio da Lei nº 8.112/90, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro (STJ) interpretou que para a instauração dos processos administrativos disciplinares basta a descrição, em linhas gerais, das bases fáticas que dão suporte à denúncia, não sendo necessária sequer a indicação do embasamento jurídico que dá ensejo à acusação. Segundo o STJ, é dispensável inclusive a indicação do ilícito na portaria vestibular.⁴⁸

Cumpra lembrar que o processo administrativo disciplinar na esfera federal brasileira se desenvolve, nos termos da Lei nº 8.112/90, em três fases: (i) instauração; (ii) inquérito;

⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Fernín Ramírez vs. Guatemala*. Sentencia de 20 de junio de 2005, pars. 67 y 68. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 39.361/MG. Rel. Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 07.02.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1207937&num_registro=201202273227&data=20130219&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

e (iii) julgamento. A segunda fase – (ii) inquérito – compreende (ii.i) instrução; (ii.ii) defesa; (ii.iii) relatório (art. 151, II). Desse modo, se o acusado for esperar o final do inquérito para saber com precisão quais ilicitudes lhe estão sendo imputadas, jamais poderá inquirir testemunhas ou produzir provas documentais e periciais que robusteçam sua defesa, porque a oportunidade para fazê-lo já terá precluído. É mais do que evidente que o servidor só saberá quais provas lhe serão úteis quando tiver plena ciência do que está sendo acusado. De que adianta conhecer com detalhes a acusação que lhe está sendo assacada somente no indiciamento, se em tal momento já não é mais possível produzir novas provas? Mas para o STJ isso não interessa: vale mais a ordem das etapas fixada na lei do que a determinação do tratado de direitos humanos.

O entendimento do Tribunal se baseia em uma interpretação equivocada dos dispositivos da Lei nº 8.112/90. Segundo o STJ, o art. 161 da Lei nº 8.112/90 institui que no momento do indiciamento será necessária a especificação dos fatos imputados ao servidor. Tal dispositivo prevê que “Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas”. A interpretação realizada considera que diante da previsão do art. 161, a especificação das peculiaridades fáticas não se faz necessária em momento anterior ao indiciamento, isto é, nem na portaria de instauração, muito menos nos momentos subsequentes, sendo imprescindível somente ao final do processo investigativo.

Ou seja: o entendimento da Corte é o de que somente após o encerramento da fase de instrução probatória – quando todas as testemunhas já tiverem sido ouvidas e todas as provas documentais e periciais já houverem sido produzidas – é que será necessária a confecção de um termo de indiciamento, indicando as condutas, o ilícito e o enquadramento legal que estão sendo imputados ao servidor acusado. Tal fato torna a leitura do STJ bastante conflitante com a garantia do direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório.

O Superior Tribunal de Justiça conta com múltiplos e retirados julgados nesse sentido. Apenas para fins exemplificativos, cabe citar algumas decisões da Corte. No ano de 2010, por exemplo, no julgamento do Mandado de Segurança nº 13.518/DF, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, restou consignado no voto condutor do julgamento que “não se exige que a Portaria instauradora do Processo Disciplinar contenha a minuciosa descrição dos fatos que serão apurados pela Comissão Processante, exigível apenas quando do indiciamento do servidor”.⁴⁹

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS nº 13.518/DF. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 19.12.2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=846320&num_registro=200800875154&data=20081219&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015. Com idêntica argumentação: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS nº 14.578/DF. Rel. Ministro Og Fernandes. Julgado em 25.08.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=961788&num_registro=200901609418&data=20100922&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun 2015.

Em outra oportunidade, o STJ entendeu que apenas a indicação das condutas imputadas ao agente, sem descrição detalhada das condições materiais, natureza, causa e enquadramento jurídico das acusações, era suficiente para dar validade jurídica a portaria de instauração de processo administrativo. Assim restou consignado no aresto em questão: “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que os atos administrativos de instauração dos processos administrativos disciplinares não demandam uma descrição minudente e detalhada, requerente somente a presença dos elementos necessários para o exercício regular da ampla defesa e do contraditório”.⁵⁰

Sob essa mesma perspectiva, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no julgamento do Embargos de Declaração em sede de Recurso Especial nº 1096274/RJ, defendeu que a portaria inicial de instauração do processo administrativo disciplinar serve apenas para dar publicidade à constituição da Comissão Processante, nada além. De acordo com a Ministra, “considerando que a portaria inaugural do processo disciplinar tem o objetivo de conferir publicidade à constituição da Comissão Processante, apenas quando do indiciamento do servidor, posteriormente à fase instrutória do processo administrativo disciplinar, deve haver a descrição detalhada dos fatos”.⁵¹

Nessa mesma esteira, o STJ em reiteradas decisões frisa que apenas referências genéricas aos fatos imputados ao servidor são suficientes para validar a portaria de instauração do processo disciplinar, pontuando que “a portaria de instauração do processo disciplinar que faz referências genéricas aos fatos imputados ao servidor, deixando de expô-los minuciosamente, não enseja sua nulidade, tendo em vista que tal exigência deve ser observada apenas na fase de indiciamento, após a instrução”.⁵²

Ainda, em outro julgado sobre a matéria, o Tribunal endossou que na portaria inaugural não se faz necessário sequer constar a capitulação legal da conduta praticada pelo servidor. Sustentou-se no acórdão que “a jurisprudência do STJ está assentada em considerar que não é necessária a descrição minuciosa dos fatos, tampouco de eventual capitulação legal na portaria de instauração e, logo, sua ausência não viola a amplitude de defesa”.⁵³

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 39.361/MG. Rel. Ministro Humberto Martins. Julgado em 07.02.2013.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1096274/RJ. Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Julgado em 25.09.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1181577&num_registro=200802170819&data=20130205&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RMS 23.775/PR. Rel. Ministro Jorge Mussi. Julgado em 28.08.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1173623&num_registro=200700516360&data=20120906&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 35.208/DF. Rel. Ministro Humberto Martins. Julgado em 16.02.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1122970&num_registro=201101909232&data=20120227&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

Conforme se observa, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é reiterada e pacífica sobre a matéria, o que se pode concluir pela enxurrada de julgados uníssomos sobre o tema: MS 15.786/DF, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 13.4.2011; MS 15.787/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 09.05.2012; MS 16.815/DF, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 11.04.2012; MS 9.201/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 08.09.2004; MS 16.192/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 10.04.2013; MS 17.472/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 13.06.2012; RMS 23.974/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 01.06.2011; RMS 24.138/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 03.11.2009; MS 13.518/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 19.12.2008; MS 12.369/DF, Rel. Ministro Feliz Fischer, julgado em 10.09.2007.

Essa posição do Superior Tribunal de Justiça é costumeiramente seguida pela Administração Pública brasileira no âmbito dos processos administrativos disciplinares na esfera federal. Pelo que se denota de tais decisões, a Administração Pública e os tribunais brasileiros insistem em ignorar solenemente o art. 8º, n. 2, “b” do Pacto de San José da Costa Rica, o art. 14, item 3, letra a) do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e – como se verá a seguir – a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

5. A aplicação das garantias do art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica aos processos administrativos e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O texto do art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica gerou muitas polêmicas em relação ao âmbito de abrangência do dispositivo. Isso porque sua própria redação previa que se tratavam de “garantias judiciais”. Nesse caso, uma interpretação literal do tratado poderia conduzir à equivocada conclusão de que a norma não se aplicaria a outras modalidades de processo, tal como o processo administrativo. Vale dizer, a hermenêutica da convenção poderia levar ao entendimento de que o elenco de garantias ali expressas incidiria apenas na esfera dos processos judiciais.⁵⁴

Entretanto, felizmente a Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve a oportunidade de se manifestar sobre o alcance das garantias previstas no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Em suas decisões restou firmado o posicionamento de que a proteção conferida pelo dispositivo deve ser aplicar a todas as relações jurídicas pro-

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Baena, Ricardo y otros vs. Panamá*, sentença de 28 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

cessuais, sejam ela judiciais ou administrativas, desde que o ato emanado do Estado possa afetar – criando ou restringindo – direitos e obrigações ao acusado.⁵⁵

O primeiro argumento favorável a esse entendimento reside nos próprios antecedentes históricos da criação e formulação do art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica. A redação da norma foi objeto de debates e discussões durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, a qual deu origem à Convenção Americana. Inicialmente, o dispositivo estendia seu alcance às obrigações cíveis. Após diversas sugestões dos membros integrantes da Comissão, o raio de alcance da redação da norma passou a englobar as obrigações cíveis, laborais e fiscais. Ocorre que, ainda assim, havia uma preocupação dos membros da Comissão com possíveis restrições do âmbito de incidência da norma. Por esse motivo, ao final foi proposta pelo representante do México a inserção, ao final do enunciado normativo, do termo “ou de qualquer outra natureza”.⁵⁶ Percebe-se que a preocupação dos redatores do Pacto foi sempre no sentido de ampliar ao máximo o campo de incidência da norma ora discutida. Logo, em uma interpretação histórica e teleológica, pode-se concluir que a intenção dos redatores foi a de que a abrangência da norma fosse a mais ampla possível, incluindo, nesse caso, os processos administrativos.

O segundo embasamento à posição defendida encontra arrimo na interpretação sistemática da Convenção Americana. Por meio de uma leitura harmônica dos art. 1º, 2º e 29 da Convenção Americana, considera-se que a intenção mínima – o piso – do art. 8º é assegurar garantias no âmbito judicial, porém sua esfera de incidência abrange todas as modalidades de processo. Essa interpretação se coaduna com o estabelecido no art. 29, c), da Convenção, ao prever que “Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de; (...) c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo”. Dito de outro modo: a alusão a “garantias judiciais” não pode ser lida como exclusão da tutela de direitos dos cidadãos

⁵⁵ Em recente julgado da Corte Interamericana restou resumido seu o posicionamento atual no seguinte trecho: *“El aspecto esencial de lo que contiene el artículo 8º, por ello, no reside, pues, en la naturaleza de la autoridad dentro del ordenamiento constitucional del país, sino en lo que el procedimiento busca determinar y resolver en cuanto a garantías a favor de la persona. Si el sentido de la norma es el de ofrecer ciertas garantías básicas en la determinación de derechos u obligaciones de la persona, parece claro que el aspecto medular y trascendente es éste, y no el de la naturaleza de la autoridad. Este parece ser, pues, el criterio central para establecer que es obligatorio atenerse a las exigencias del artículo 8º en lo que sea pertinente a espacios extrajudiciales. En otras palabras, es claro que la Convención tiene establecido que deben garantizarse los derechos de la persona tanto en las esferas no judiciales como en las judiciales teniendo en cuenta lo que sea aplicable a un procedimiento no judicial”*. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, sentença de 13 de outubro de 2011, par. 15. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁵⁶ A referência aos debates no momento de elaboração da redação do Pacto é feita por: GUTIÉRREZ COLAN-TUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista (Colaborador). **Administración Pública, juridicidad y derechos humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 58, nota nº 92.

frente a outras modalidades de processos, tal como o processo no âmbito administrativo. Nesse sentido expressa-se a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁵⁷

Outro ponto favorável ao entendimento esposado reside na interpretação evolutiva do preceito. A abordagem evolutiva considera tanto o texto escrito da norma quanto a finalidade da sua criação. Nos primórdios da criação do Pacto o desafio americano era assegurar as garantias do art. 8º ao menos na arena judicial. Todavia, à medida que a Convenção passou a ser aplicada, percebeu-se que as práticas estatais questionáveis não provinham apenas de atividades judiciais, mas também de outras ações ou omissões no campo administrativo. Portanto, com o passar do tempo, vencido o desafio de aplicação das garantias do art. 8º no âmbito judicial, o próximo passo tornou-se ampliar seu alcance de proteção a todos os órgãos que desenvolvem funções públicas. É essa a posição acolhida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao entender que a norma do art. 8º do Pacto de San José não permanece estática e que a sua imperatividade jurídica, à luz de uma interpretação evolutiva, aplica-se a novos espaços de atuação estatal nos quais a sua proteção passa a ser requerida, sendo a Administração Pública um dos principais.⁵⁸

Nesse sentido, merece destaque o seguinte trecho da sentença do caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: “*En otras oportunidades, tanto este Tribunal, como la Corte Europea de Derechos Humanos, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*”.⁵⁹

Também cabe acrescentar, como mais um fundamento para a ampliação do espectro de incidência das garantias previstas no art. 8º da Convenção Americana, o princípio “*pro*

⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Blake vs. Guatemala*, sentença de 24 de janeiro de 1998, par. 96. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentença de 8 de julho de 2004, par. 165. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, sentença de 31 de agosto de 2001, par. 146. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, sentença de 19 de novembro de 1999, par. 193. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso Tyrer vs. The United Kingdom*, julgado em 25 de abril de 1978, par. 31. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57587>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentença de 17 de julho de 2005, par. 125. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

homine”, também denominado de “*pro persona*”⁶⁰. Esse postulado anuncia que sempre deve prevalecer a aplicação da norma mais benéfica à pessoa humana. Assim, deve o intérprete sempre buscar aplicar a norma que em cada caso resulte mais favorável e mais protetiva ao ser humano, à sua liberdade e aos seus direitos.⁶¹ Logo, compete aos tribunais alargarem o campo de incidência do art. 8º do Pacto de San José para a esfera administrativa, uma vez que tal postura conduz a uma aplicação mais favorável e protetiva à pessoa.

Em suma, o que se conclui, nas palavras de Agustín Gordillo, é que “*en cualquier caso, no resultan admisibles interpretaciones que proponen restringir o limitar indebidamente el alcance del debido proceso. En ningún caso será legítimo prescindir de su observancia y cumplimiento*”.⁶²

Ainda, mostra-se inaplicável na situação em apreço a tese de convalidação dos atos administrativos nulos por meio de revisão judicial, segundo a qual os vícios relativos ao devido processo não justificam a anulação do processo administrativo pelo fato de que eles podem ser posteriormente corrigidos pelo Poder Judiciário. No caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que todos os atos que dão suporte à decisão estão integrados, guardando relação cronológica, lógica e teleológica, e que portanto, diante de um vício grave no processo administrativo, não se mostra possível convalidar a violação do direito em sede admirativa através do controle judicial. Vale dizer: o devido processo legal, quando não atendido na via administrativa, não pode simplesmente ser postergado para ser corrigido pela via judicial. Deve, de plano, o ato administrativo ser declarado nulo e repetidos todos os seus passos precedentes.⁶³ Por consequência, no Di-

⁶⁰ Segundo Flávia Piovesan, no sistema global de proteção dos direitos humanos pode-se encontrar tal princípio em várias convenções, tais como “art. 23 da Convenção sobre Eliminação da Discriminação contra Mulher, o art. 41 da Convenção sobre Direito da Criança, o art. 16, parágrafo 2º, da Convenção contra Tortura e o art. 4º, parágrafo 4º, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.” PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 172.

⁶¹ MUÑOZ (h), Ricardo Alberto. La tutela administrativa efectiva. **La Ley**, Tomo 2012-B, Buenos Aires, p. 1-6, mar. 2012. p. 5. Para uma leitura completa do tema ver: BIDART CAMPOS, Germán. Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio “pro homine”. In: BIDART CAMPOS, Germán; GIL DOMINGUEZ, Andrés (coord.). **El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y perspectivas**. Buenos Aires: Editora Ediar, 2000. p. 11 e ss.

⁶² GORDILLO, Agustín. **Procedimiento Administrativo**. 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003. p. 43.

⁶³ Nesse sentido se posicionou a Corte Interamericana: “*Todo proceso está integrado por actos jurídicos que guardan entre sí relación cronológica, lógica y teleológica. Unos son soporte o supuesto de los otros y todos se ordenan a un fin supremo y común: la solución de la controversia por medio de una sentencia. Los actos procesales corresponden al género de los actos jurídicos, y por ello se encuentran sujetos a las reglas que determinan la aparición y los efectos de aquéllos. Por ende, cada acto debe ajustarse a las normas que presiden su creación y le confieren valor jurídico, presupuesto para que produzca efectos de este carácter. Si ello no ocurre, el acto carecerá de esa validez y no producirá tales efectos. La validez de cada uno de los actos jurídicos influye sobre la validez del conjunto, puesto que en éste cada uno se halla sustentado en otro precedente y es, a su turno, sustento de otros más. La culminación de esa secuencia de actos es la sentencia, que dirige la controversia y establece la verdad legal, con autoridad de cosa juzgada.*” CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia de 30 de maio de 1999, par. 218. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015. Essa mesma postura pode ser observada no julgado do Caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, no qual a Corte consignou

reito brasileiro o princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, CF) não pode ser invocado para sustentar a validade do processo disciplinar maculado por não observar as diretrizes do art. 8º do Pacto de San José.

Por fim, é oportuno destacar que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos endossa em reiterados julgados o posicionamento aqui defendido. Acerca do entendimento da Corte, mostra-se pertinente o seguinte trecho da sentença do caso *Ruch Ivcher Bronstein vs. Perú*, cujo julgamento foi presidido pelo jurista Antônio A. Cançado Trindade: “*la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana*”.⁶⁴ No mesmo sentido, manifestou-se a Corte no caso *Corte Constitucional vs. Perú*.⁶⁵

Um dos casos paradigmáticos da jurisprudência da Corte Interamericana, por defender especificamente a extensão das garantias do art. 8º, n. 2, “b” da Convenção Americana ao processo administrativo sancionador, é o caso *Baena Ricardo y Otros vs. Panamá (270 Trabajadores vs. Panamá)*.⁶⁶ Na oportunidade, a Corte afirmou que: “*Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino [a] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal*”.⁶⁷

que “*Si los actos en que se sostiene la sentencia están afectados por vicios graves, que los privan de la eficacia que debieran tener en condiciones normales, la sentencia no subsistirá. Carecerá de su soporte necesario: un proceso realizado conforme a Derecho.*” CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentença de 17 de julho de 2005, par.125. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁶⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Ruch Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentença de 06 de fevereiro de 2001, par.104. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *The Constitutional Court vs. Perú*, sentença de 31 de janeiro de 2001, par. 69. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁶⁶ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso *Gelman vs. Uruguay*. *Revista de Investigaciones Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40512>. p. 109.

⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Baena Ricardo y Otros vs. Panamá*, sentença de 28 de novembro de 2003, par. 124. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

À luz do exposto, conclui-se que as garantias do art. 8º, n. 2, “b” do Pacto de San José da Costa Rica incidem no âmbito dos processos administrativos,⁶⁸ pois o raio de alcance da norma compreende os atos emanados de qualquer autoridade pública, seja administrativa, legislativa ou judicial, desde que o ato estatal imponha obrigações ou restrinja direitos dos cidadãos.

6. Conclusão: a necessidade de adequação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e da Administração Pública brasileira ao art. 8º, n. 2, “b” do Pacto de San José da Costa Rica, ao art. 14, item 3, letra a) do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Conforme se viu anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, sem o menor constrangimento, consolidou uma avalanche de decisões que afirmam que “no ato que inaugura o processo disciplinar é desnecessária a minuciosa descrição dos fatos a serem apurados”.⁶⁹ Ou seja, entende a Corte que não é preciso, no ato de instauração do processo administrativo disciplinar, oferecer ao cidadão uma *comunicação prévia e pormenorizada* das acusações que lhe são dirigidas, sendo suficiente apenas indicar os membros da Comissão Processante e apontar acusações genéricas.

Essa posição do STJ, que é seguida pela Administração Pública brasileira, revela-se francamente contrária aos direitos humanos ao contraditório e à ampla defesa, e, portanto, claramente inconstitucional e inconvençãoal, uma vez que:

(i) ofende o art. 5º, LV da Constituição Federal, que assegura ao cidadão, nos processos administrativos, os direitos ao contraditório e à ampla defesa “*com todos os meios e recursos a ela inerentes*”, visto que no momento em que o acusado receber a comunicação com a descrição detalhada das condutas fáticas e do enquadramento legal da suposta infração cometida a fase de instrução probatória já terá ocorrido e ele não poderá mais produzir provas, elemento indispensável dos direitos fundamentais ao contraditório e ampla defesa;

(ii) infringe frontalmente o direito humano a uma “*comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada*”, inscrito no art. 8º, n. 2, “b” da Convenção

⁶⁸ Posição defendida também por: ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015. p. 43.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 29.595/MS. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 16.08.2012. DJe 27.08.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1170368&num_registro=200901006464&data=20120827&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

Americana sobre Direitos Humanos – diploma que, segundo o Supremo Tribunal Federal, desfruta de hierarquia supralegal no ordenamento jurídico nacional⁷⁰ e portanto se sobrepõe a qualquer previsão de leis ordinárias;

(iii) afronta o art. 14, item 3, letra a) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que assim como o Pacto de San José da Costa Rica estabelece como direito humano a garantia de “ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de *forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação* contra ela formulada” e também goza de hierarquia supralegal no Direito brasileiro;

(iv) contraria diretamente a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que em reiterados julgados consolidou o entendimento de que as “Garantias Judiciais” do art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica – entre elas o direito à “*comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada*” – se aplicam também aos processos administrativos (e não somente aos processos judiciais);

(v) por consequência da transgressão da Convenção Americana e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, agride também o art. 5º, §2º da Constituição Federal, segundo o qual os direitos previstos no texto constitucional não excluem outros, decorrentes dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, ignorando a existência de um “bloco de constitucionalidade” que ultrapassa as previsões expressas do texto constitucional e vincula todos os Poderes Públicos à sua observância e cumprimento.

Para que haja verdadeiro *respeito* aos direitos humanos e fundamentais estabelecidos nos tratados internacionais e nos dispositivos constitucionais acima referidos, a Administração Pública brasileira encontra-se *proibida* de instaurar processos disciplinares sem *pormenorizar*, já no ato inaugural, as condutas supostamente ilícitas que estão sendo imputadas ao servidor público, sob pena de incorrer em violação de direitos humanos e acarretar responsabilização internacional do Estado brasileiro.⁷¹

Ao ratificar tratados de direitos humanos, o Estado Brasileiro não está apenas assumindo uma obrigação com os demais Estados que se submeteram a essa ordem normativa, mas está também adotando um compromisso com os seus próprios cidadãos.⁷² Logo, ig-

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349703. Relator Min. Carlos Britto. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 03.12.2008. DJe-104, divulgado em 04.06.2009 e publicado em 05.06.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

⁷¹ Acerca do tema, ver: RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁷² A esse respeito, segue trecho da opinião consultiva nº. OC-2/82 de 24 de setembro de 1982 da Corte Interamericana, denominada “El Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana (artículos 74 y 75)”, que assim dispôs “*los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad,*

norar as convenções internacionais significa, em última análise, deslealdade com o próprio povo brasileiro e com os demais Estados signatários dos pactos.

O descumprimento da normativa internacional por parte da Administração Pública e dos juízes e tribunais brasileiros, enquanto partes integrantes do aparato do Estado, poderá implicar a responsabilização do Brasil no plano internacional. A respeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile* declarou que “*El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana*”.⁷³

Ademais, ressalta-se que o compromisso do Brasil na esfera internacional não se submete apenas à aplicação mecânica dos dispositivos previstos nos pactos dos quais é signatário. Para além da letra fria das normas internacionais, o Estado tem a obrigação de aplicar a jurisprudência da Corte Interamericana, responsável pela interpretação em última instância da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.⁷⁴ O Poder Judiciário brasileiro está submetido ao império dos tratados internacionais internalizados pelo Estado e da jurisprudência que os interpretar (no caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos). Cabe à justiça brasileira “*tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”.⁷⁵

Portanto, cabe aos juízes e tribunais brasileiros, bem como à Administração Pública, assegurar a implementação da normativa internacional de proteção dos direitos humanos no seu âmbito interno. Não apenas a incorporação, mas sobretudo a aplicação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos pelo Brasil constitui alta prioridade nos dias atuais. O próprio futuro da proteção internacional dos direitos humanos dependente em

tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (par. 29).

⁷³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 25 de jun. 2015.

⁷⁴ SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. *Revista de Investigaciones Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>. p. 31.

⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Boyce y otros vs. Barbados*, julgado em 20 de novembro de 2007, par. 78. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun 2015.

grande parte da adoção e aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação desses direitos no âmbito interno dos países signatários.⁷⁶

A Constituição de 1988 representa um marco no tocante à concretização dos direitos humanos, pois promove uma abertura à conjugação do Direito interno e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, permitindo a entrada na ordem constitucional, com paridade hierárquica, das normas internacionais de proteção dos direitos humanos, formando o chamado “bloco de constitucionalidade”. Cabe agora aos operadores do Direito incorporar os novos valores constitucionais, propagando essa nova ordem em todas as esferas estatais, sejam elas administrativas, legislativas ou judiciárias, impedindo que se perpetuem os antigos valores do regime autoritário.⁷⁷

Pelo exposto, conclui-se que faz-se necessário, em caráter emergencial, a adequação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e da Administração Pública brasileira (i) ao teor do disposto no art. 8º, n. 2, “b” do Pacto de San José da Costa Rica; (ii) ao conteúdo do art. 14, item 3, letra a) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; e (iii) à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo a aplicar as garantias mínimas expressas nos referidos dispositivos aos processos administrativos disciplinares que tramitam sob o regime da Lei nº 8.112/90, em especial o direito à descrição prévia e pormenorizada das condutas imputadas ao acusado.

Referências

ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 39, Belo Horizonte, Fórum, p. 27-64, jan./mar. 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 107-135, out./dez. 2014.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. La consagración legislativa y jurisprudencial del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos. **Derecho Laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales**, nº 237, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p. 141-155, ene./mar. 2010.

⁷⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o Direito Internacional e o direito interno na proteção dos Direitos Humanos. **Arquivos do Ministério da Justiça**, n. 46, v. 182, p. 27-84, jul./dez. 1993.

⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 80.

BIDART CAMPOS, Germán. Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio “pro homine”. In: BIDART CAMPOS, Germán; GIL DOMINGUEZ, Andrés (coord.). **El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y perspectivas**. Buenos Aires: Editora Ediar, 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RMS 23.775/PR. Rel. Ministro Jorge Mussi. Julgado em 28.08.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1173623&num_registro=200700516360&data=20120906&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 29.595/MS. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 16.08.2012. DJe 27.08.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1170368&num_registro=200901006464&data=20120827&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1096274/RJ. Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Julgado em 25.09.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1181577&num_registro=200802170819&data=20130205&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS nº 13.518/DF. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 19.12.2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=846320&num_registro=200800875154&data=20081219&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS nº MS 14.578/DF. Rel. Ministro Og Fernandes. Julgado em 25.08.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=961788&num_registro=200901609418&data=20100922&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 35.208/DF. Rel. Ministro Humberto Martins. Julgado em 16.02.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1122970&num_registro=201101909232&data=20120227&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 39.361/MG. Rel. Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 07.02.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1207937&num_registro=201202273227&data=20130219&formato=PDF>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4222 AgR/DF. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 01.08.2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6631759>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 514/PI. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 24.03.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=514&>

classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 595/ES, Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 18.02.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=595&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 87585. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 03.12.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91361. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23.09.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573717>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349703. Relator Min. Carlos Britto. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 03.12.2008. DJe-104, divulgado em 04.06.2009 e publicado em 05.06.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466343. Relator Min. Cezar Peluso. Julgado em 03.12.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 597.285. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 18.05.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=597285&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o Direito Internacional e o direito interno na proteção dos Direitos Humanos. **Arquivos do Ministério da Justiça**, n. 46, v. 182, p. 27-84, jul./dez. 1993.

CASSAGNE, Juan Carlos. La jerarquía y regulación de los Tratados en la Constitución argentina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 199-216, abr./jun. 2010.

CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana. Impacto del bloque de constitucionalidad en la interpretación del derecho común: La interpretación amplia de los abortos permitidos en Argentina. **Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, año 10, nº 2, Santiago de Chile, Universidad de Talca, p. 193-230, jul./dic. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 25 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Baena, Ricardo y otros vs. Panamá*, sentença de 28 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, sentença de 13 de outubro de 2011, par. 15. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Blake vs. Guatemala*, sentença de 24 de janeiro de 1998, par. 96. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Boyce y otros vs. Barbados*, julgado em 20 de novembro de 2007, par. 78. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentença de 30 de maio de 1999, par. 218. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentença de 17 de julho de 2005, par. 125. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, sentença de 31 de agosto de 2001, par. 146. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Sentencia de 20 de junho de 2005, pars. 67 e 68. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentença de 8 de julho de 2004, par. 165. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *“Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, sentença de 19 de novembro de 1999, par. 193. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Ruch Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentença de 06 de fevereiro de 2001, par.104. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *The Constitutional Court vs. Perú*, sentença de 31 de janeiro de 2001, par. 69. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2015.

DÍAZ MADRIGAL, Ivonne Nohemí. El debido proceso en instrumentos internacionales y el nuevo bloque de constitucionalidad en el sistema jurídico mexicano. **Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia**, nº 20, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 167-194, jul./dic. 2012.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40512>

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Caso *Tyler vs. The United Kingdom*, julgado em 25 de abril de 1978, par. 31. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57587>>. Aceso em: 23 de jun. 2015.

FAVOREU, Louis. Le principe de constitutionnalité: essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel. In: **Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann**. Paris: Cujas, 1975.

FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, nº 5, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 45-68, ene./abr. 1990.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad**: en torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1981.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, ano 4, n. 8, p. 13-35, 2002.

FORMENTO, Augusto, DELPIAZZO, José Miguel. Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas. **Revista de Derecho**, nº 18, Montevideo, Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, p. 101-113, jul./dic. 2010.

GIMENO-CABRERA, Véronique. **Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du Tribunal Constitutionnel espagnol**. Paris: LGDJ, 2004.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después. **Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto**, vol. 54, nº 1, Bilbao, Universidad de Deusto, p. 61-98, ene./jun. 2006.

GORDILLO, Agustín. **Procedimiento Administrativo**. 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 239-250, abr./jun. 2010.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista (Colaborador). **Administración Pública, juridicidad y derechos humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

HAKANSSON NIETO, Carlos. El reconocimiento judicial del bloque de constitucionalidad. Un estudio con especial referencia al ordenamiento jurídico peruano. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍ-

VAR LELO DE LARREA, Arturo (Coords.) **La ciencia del derecho procesal constitucional**: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. t. IV. México: UNAM/Marcial Pons, 2008.

HAURIUO, Maurice. **Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des Conflits**: publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928. t. I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929.

HOYOS, Arturo. El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nº 75, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 785-807, sep./dic. 1992.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba**, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40518>.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. **Seqüência: Publicação do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC**, nº 59, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, p. 43-60, jul./dez. 2009.

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena. Reflexiones en torno al concepto del bloque de la constitucionalidad. In: MORODO LEONCIO, Raúl; VEGA GARCÍA, Pedro de (Coords.). **Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú**. v. 4. Madrid: Universidad Complutense – Facultad de Derecho, 2001.

MANILI, Pablo Luis. **El bloque de constitucionalidad**: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino. Buenos Aires: La Ley, 2003.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORALES MORALES, Alejandra Virginia; ODIMBA ON'ETAMBALAKO WETSHOKONDA, Jean Cadet. La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México. **Revista Prolegómenos: Derechos y Valores de la Facultad de Derecho**, vol. 14, nº 27, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, p. 135-146, ene./jun. 2011.

MUÑOZ (h), Ricardo Alberto. La tutela administrativa efectiva. **La Ley**, Tomo 2012-B, Buenos Aires, p. 1-6, mar. 2012.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. El bloque de constitucionalidad en Colombia. **Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, año 1, nº 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, p. 231-242, ene./dic. 2005.

PIOVESAN, Flávia (coordenadora geral). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: Editora DPJ, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMELLI, Alejandro. Sistema de fuentes de derecho internacional público y “bloque de constitucionalidad” en Colombia. **Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, nº 11, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 157-175, jul./dic. 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REINA GARCÍA, Óscar M. Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad. **Revista Derecho del Estado**, nº 29, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 175-214, jul./dic. 2012.

REPÚBLICA DOMINICANA. El bloque de constitucionalidad en la determinación de los principios fundamentales del debido proceso. Extracto de la Resolución de la Suprema Corte de Justicia, República Dominicana, 13 de noviembre de 2003. **Diálogo Jurisprudencial**, nº 3, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 27-50, jul./dic. 2007.

REY CANTOR, Ernesto. El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos. **Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, año 4, nº 2, Santiago de Chile, Universidad de Talca, p. 299-334, jul./dic. 2006.

ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del. De la supremacía constitucional a la supremacía de convencionalidad. La nueva conformación del bloque de constitucionalidad en México. **Quid Iuris**, año 8, vol. 22, Chihuahua, Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, p. 93-118, sep./nov. 2013.

RUBIO LLORENTE, Francisco. El bloque de constitucionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, nº 27, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 9-38, sep./dic. 1989.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2010.

VEDEL, Georges. La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité. In: CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence**: colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel. Paris: Presses Universitaires de France, 1989.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1988.

A EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL: O CASO XIMENES LOPES

ANELIZE PANTALEÃO PUCCINI CAMINHA*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o caso Ximenes Lopes *versus* Brasil; 3. A evolução do sistema de proteção da pessoa com deficiência no Brasil; 4. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A Corte Interamericana de Direitos Humanos desempenha um papel relevante na consolidação dos sistemas de proteção das pessoas com deficiência, constituindo o caso Ximenes Lopes *versus* Brasil precedente emblemático nos cenários internacional e nacional.

Em julgado paradigma, o Brasil foi condenado, por violação de direitos humanos, em razão do tratamento deferido a paciente com deficiência intelectual (vítima de maus tratos e tortura) em clínica psiquiátrica vinculada ao sistema público de saúde (Casa de Repouso Guararapedes), no Município de Sobral, no Ceará.

O objetivo da análise a ser empreendida neste artigo é identificar os fundamentos jurídicos que embasaram a decisão da Corte e os reflexos das determinações impostas ao país no aprimoramento da legislação pátria sobre o tema, com o propósito de obter subsídios para a discussão sobre a eficácia dos mecanismos protetivos disponíveis e a necessidade de superação de lacunas e insuficiências normativas e na efetivação de políticas públicas.

No desenvolvimento da investigação, adotar-se-á a metodologia de pesquisas legislativa e jurisprudencial, com a utilização das técnicas indutiva e dedutiva.

A importância do tema é inequívoca, uma vez que, decorridos mais de uma década desde a prolação de sentença condenatória pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Ximenes Lopes (em 2006), algumas inovações legislativas foram implementadas no

* Doutoranda em Direito Econômico na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogada e Professora no Centro Universitário Dom Bosco (Curitiba-PR, Brasil). E-mail: <anelize@caminhaadvogados.com.br >.

ordenamento jurídico brasileiro, porém persiste a necessidade de transformá-las em experiências concretas no convívio social da pessoa com deficiência intelectual.

2. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o caso Ximenes Lopes versus Brasil

O modelo de solução de conflitos, adotado na Convenção Europeia de Direito Humanos foi reproduzido, em larga medida, na Convenção Americana de Direitos Humanos, que criou dois órgãos encarregados de atuar no sancionamento de Estados violadores de direitos humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington, nos Estados Unidos da América, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em San José da Costa Rica¹.

O sistema de proteção, regulamentado por instrumentos legais, tratados e convenções internacionais - o mais importante é a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica -, tem por objetivo a promoção e a proteção dos direitos humanos, mediante o monitoramento da atuação dos Estados-membros.

A principal função da Comissão Interamericana de Direitos Humanos consiste em receber e analisar denúncias individuais de violação a direitos humanos e, em algumas situações, submetê-las à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, dando seguimento aos respectivos processos judiciais². Nesse mister, a Comissão exerce uma espécie de juízo prévio de admissibilidade das acusações formalizadas contra os Estados-membros, para, somente se julgá-las pertinente, encaminhá-las à Corte, para regular processamento.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui uma jurisdição consultiva e outra contenciosa, pois interpreta as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados congêneres, emitindo opiniões por pareceres vinculantes³, e resolve conflitos envolvendo violações a direitos humanos em casos concretos. A função consultiva é extremamente importante, uma vez que orienta a atuação do Estado consulente, aferindo a compatibilidade das normas convencionais com o seu direito interno, e os órgãos competentes para a supervisão internacional do implemento das obrigações assumidas internacionalmente, prevenindo e evitando litígios futuros.

¹ PALUMBO, Livia Pelli. *A efetivação dos Direitos das Pessoas com Deficiência pelos sistemas de proteção dos direitos humanos: sistema americano e europeu*. Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito, ano I, n. 2, 2012. Disponível em: http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/XplJi4SKLO7rVtt_2013-12-4-17-41-52.pdf. Acesso em 25 ago. 2020.

² ALENCAR, Evandro Luan de Mattos; RAIOL, Raimundo Wilson Gama. *Uma análise do caso Ximenes Lopes versus Brasil*. Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, v. 20, n. 36, Santo Ângelo. Disponível em: http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/viewFile/2982/1963. Acesso em: 25 ago. 2020, p. 135.

³ Convenção Americana de Direitos Humanos: "Artigo 68-1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes."

Todos os países signatários da Convenção são obrigados a cumprir as sentenças proferidas pela Corte⁴.

O caso *Ximenes Lopes versus Brasil* é paradigmático, porque resultou na primeira condenação do Brasil, imposta pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2006, por violação de direitos de uma pessoa com deficiência.

A situação fática pode ser assim descrita, sucintamente: Damião Ximenes Lopes era um dos seis filhos de uma família humilde no interior do Ceará e possuía uma deficiência mental grave.

Ao perceber que ele não reagia em uma das crises desencadeadas pela enfermidade, em dezembro de 1995, seus familiares decidiram encaminhá-lo à Casa de Repouso Guararapedes em Sobral, no Ceará. Damião permaneceu na clínica por dois meses, ocasião em que lhe foi prescrita medicação de uso contínuo. Ao retornar para casa, ele relatou ter sido submetido a tratamento violento no local, o que motivou a opção da família de não mais interná-lo.

Em março de 1998, Damião sofreu mais uma crise grave e foi consultar um profissional em Fortaleza, porém, no seu retorno, o veículo que o conduzia envolveu-se em um acidente de trânsito e ele saiu vagando pela estrada. Após a sua mãe solicitar auxílio à Polícia, ele foi localizado e, novamente, internado na Casa de Repouso Guararapedes, em razão de seu estado clínico.

Durante o período em que esteve sob os cuidados da clínica, Damião apresentou ferimentos no corpo, quando, então, a família percebeu as condições insalubres do local.

Entretanto, após a sua alta médica, ele mudou o seu comportamento. Os remédios que utilizava provocavam-lhe náuseas e, ao interromper o seu consumo, o seu estado de saúde agravou-se. Damião parou de se alimentar e dormir, o que levou a família a interná-lo, mais uma vez, na Casa de Repouso Guararapedes em outubro de 1999. No momento em que chegou ao local, não havia médico para assisti-lo, porém a sua mãe optou por deixá-lo aos cuidados da clínica, em virtude da gravidade da situação e da urgência no atendimento.

Três dias após, ela retornou à clínica e foi impedida de visitar o filho, mas, após gritar o seu nome, Damião apareceu: “cambaleando, com as mãos amarradas para trás, roupa toda estragada, a mostrar a cueca, corpo sujo de sangue, fedia a urina, fezes e sangue podre. Nas fossas nasais bolões de sangue coagulado. Rosto e corpo apresentavam sinais de ter sido impiedosamente espancado.”⁵ Na oportunidade, uma auxiliar que trabalhava na

⁴ ALENCAR, Evandro Luan de Mattos; RAIOL, Raimundo Wilson Gama. *Uma análise do caso Ximenes Lopes versus Brasil*. Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, v. 20, n. 36, Santo Ângelo. Disponível em: http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/viewFile/2982/1963. Acesso em: 25 ago. 2020, p. 135.

⁵ FGV. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil – Corte Interamericana de Direitos Humanos – relato e reconstrução jurisprudencial*. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/narrativa_final_-_ximenes.pdf. Acesso em 23 de ago. 2020.

clínica informou-lhe que os auxiliares de enfermagem e monitores praticaram os atos lesivos, ao invés de zelarem pelo bem-estar dos pacientes. Ao constatar essa situação, a mãe de Damião pediu auxílio ao médico responsável, que se limitou a receitar um medicamento injetável ao seu filho.

Posteriormente, ela recebeu uma ligação telefônica informando que Damião havia falecido.

O laudo médico descreveu que a morte foi natural, decorrente de uma parada cardiorrespiratória.

Insatisfeita, a família de Damião dirigiu-se à polícia local, entretanto, o médico signatário do laudo também era o profissional responsável naquele órgão.

Solicitada a realização de exame de necropsia pelo Instituto Médico Legal de Fortaleza, o resultado foi que a causa da morte era indeterminada.

Após a insistência da família, que recorreu a todos os órgãos públicos a que teve acesso, desde a Secretaria da Saúde de Varjota até a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, algumas providências foram adotadas (auditorias, sindicâncias, demanda judicial, intervenção e descredenciamento da clínica), porém a responsabilização, inclusive penal, dos agentes não havia se concretizado até o caso ser submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No âmbito da referida Corte, a Comissão recebeu a denúncia e, após investigação sobre o caso, concluiu que as condições de hospitalização de Damião eram degradantes e desumanas e, provavelmente, a sua morte não tenha decorrido de causa natural, mas, sim, de homicídio. Além disso, o Estado brasileiro teria se omitido, o que motivou a recomendação de adoção de uma série de medidas.

O Brasil não cumpriu a recomendação e o caso foi encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, ao final, reconheceu que a responsabilidade do Estado pela regulamentação e fiscalização das entidades que prestam serviço de assistência à pessoa com deficiência, independentemente da natureza da atividade - se pública ou privada.

Foi a primeira condenação imposta ao país pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com fundamento nos artigos 4º e 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que asseguram a todas as pessoas os direitos à vida e à integridade pessoal, e no artigo 1.1, que estabelece: *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*⁶.

⁶ CIDH. *Caso Ximenes Lopes – Sentença de 4 julho de 2006 (mérito, reparações e custas)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020. p. 49.

Em última análise, a Corte assentou que incumbe ao Estado a adoção de medidas de proteção da pessoa com deficiência, observadas suas particularidades⁷.

O caso Ximenes Lopes estabeleceu algumas diretrizes para a reformulação de políticas públicas de saúde mental, evidenciando a necessidade de amplas reformas nesse campo específico⁸.

Após essa decisão paradigma, o Brasil assinou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi recepcionado com *status* de emenda constitucional, nos moldes do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal⁹. Na sequência, foram editados o Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009, e a Lei n.º 13.146 - Estatuto da Pessoa com Deficiência -, em 6 de julho 2015.

Delineados os contornos do precedente paradigma, impõe-se a análise das inovações legislativas que o sucederam relativamente aos direitos das pessoas com deficiência no Brasil.

3. A evolução do sistema de proteção da pessoa com deficiência no Brasil

O sistema manicomial de tratamento de pessoa com deficiência intelectual já havia sofrido uma importante mudança no cenário internacional, a partir da década de 1970, sob o influxo de movimentos que buscavam alternativas mais eficazes e adequadas para o seu atendimento clínico¹⁰. Apenas para contextualizar, antes das mudanças legislativas atuais a denominação utilizada era “deficiência mental”, que claramente tem uma conotação negativa.

No Brasil, essa reforma estava sendo implementada, embora ainda existissem locais como a Casa de Repouso Guararapedes em Sobral, no Ceará.

Na modalidade anterior de internação, não existiam critérios objetivos para a prestação de assistência às pessoas com deficiência mental, de modo que, não raras vezes, o indivíduo era submetido a tratamento médico em clínica psiquiátrica, sem real necessidade, do que resultava sua injustificada segregação social. Na realidade, em inúmeros casos, essa

⁷ CIDH. *Caso Ximenes Lopes – Sentença de 4 julho de 2006 (mérito, reparações e custas)*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020. p. 48.

⁸ LIMA, Aluisio Ferreira de; PONTES, Maria Vânia Abreu. *O caso Damião Ximenes Lopes e a primeira condenação internacional do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Cadernos Brasileiros de Saúde Mental, v. 7, n. 16, Florianópolis, 2015, p. 11.

⁹ Constituição Federal de 1988: “Art. 5º (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

¹⁰ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*. 2 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 113.

alternativa era utilizada como forma de exclusão do convívio social de pessoas “indesejadas”, que ficavam confinadas, por prazo indeterminado, em hospitais psiquiátricos.

A primeira legislação que dispôs sobre “transtorno mental” no Brasil foi o Decreto n.º 1.132, de 22 de dezembro de 1903, conhecido como Lei de Assistência aos Alienados¹¹.

A Lei n.º 10.216, de 2001, também conhecida como Lei Antimanicomial, promoveu modificações significativas na assistência em saúde mental de pessoas com deficiência, rompendo com o antigo modelo manicomial e estimulando o desenvolvimento de programas como Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), regulamentado pelo Ministério da Saúde, por meio da Portaria n.º 336/2002. O objetivo da CAPS, diferentemente do sistema anterior, era o acolhimento do paciente com “transtorno mental”, juntamente com a sua família e a sociedade. O atendimento médico e psicológico oferecido deveria garantir a sua autonomia e integração, mediante uma rede de assistência à saúde e o oferecimento de oficinas terapêuticas, além de distribuição de medicamentos.

A principal diferença desse novo modelo em relação ao anterior era a preocupação com a dignidade do paciente como sujeito de direitos e a inclusão da família no seu tratamento¹².

Outrossim, estabeleceu-se, na legislação, a responsabilidade do Estado pela definição e execução de políticas de saúde mental, com a determinação de que o regime de internação fosse adotado somente depois de esgotados os recursos extra-hospitalares, sempre com a finalidade de reinserção do paciente em seu meio (artigo 4º¹³).

Com adesão à Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência em 2008, o Brasil assumiu o compromisso internacional de adequar sua legislação aos novos vetores estatuídos pelo tratado internacional, principalmente após o paradigmático caso Ximenes Lopes.

A proposta de elaboração de um Estatuto da Pessoa com Deficiência - a Lei n.º 13.146/2015 - foi encaminhado ao Parlamento, após o relatório do Comitê das Nações Uni-

¹¹ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*. 2 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 109 - 110.

¹² BRASIL. *Saúde mental no SUS: os centros de atenção psicossocial*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: http://www.ccs.saude.gov.br/saude_mental/pdf/SM_Sus.pdf. Acesso em 25 ago. 2020, p. 9.

¹³ Lei n.º 10.216/2001: “Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. § 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio. § 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros. § 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º”.

das sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, orientando a implementação de mudanças efetivas nas políticas públicas e na legislação¹⁴.

A Lei n.º 13.146/2015 implicou uma “virada copernicana” no regime de proteção e defesa dos interesses da pessoa com deficiência, porque incorporou uma mudança de paradigma na concepção e disciplina jurídica do tema, que tem como referencial a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, assinada em Nova York em 30 de março de 2007.

Uma das principais inovações foi o conceito de pessoa com deficiência, que, no artigo 2º da Convenção, é definida como “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Com efeito, o modelo médico, em que a deficiência era considerada uma doença catalogada no Cadastro Internacional de Doenças (CID), foi substituído por um modelo social, em que a deficiência é concebida como uma barreira para o seu desenvolvimento pleno e em condições de igualdade com as demais pessoas na sociedade. E, para que assim seja considerada, é necessária uma avaliação biopsicossocial, por uma equipe multidisciplinar, composta de diversos profissionais, a fim de verificar a sua interação com o meio que a circunda. Nessa avaliação, são sopesados os impedimentos nas funções e estruturas do corpo, os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, a limitação no desempenho de atividades e a restrição de participação da pessoa no contexto social.

Conforme o Censo de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística no Brasil, cerca de 24% (vinte e quatro por cento) da população possui algum tipo de deficiência, o que significa quase 46 milhões de brasileiros¹⁵.

Em 2018, houve uma releitura desses dados, com base nas recomendações do Grupo de Washington, vinculado à Comissão de Estatísticas da Organização das Nações Unidas (ONU). A principal sugestão foi a adaptação do questionário, pois o modelo até então utilizado enquadrava como pessoa com deficiência aquela que usava acessórios corretivos, como, por exemplo, óculos. Na revisão dos dados coletados nas entrevistas, aquele percentual de 24% (vinte e quatro por cento) foi reduzido para 6,7% (seis vírgula sete por cento) da população geral, o que representa 12,7 milhões de pessoas¹⁶.

¹⁴ NAÇÕES UNIDAS. Comitê sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. *Observações finais sobre o relatório inicial do Brasil*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cpd/documentos/relatorio-do-comite-da-onu-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-traduzido-em-portugues>. Acesso em 25 ago. 2020.

¹⁵ IBGE. *Censo 2010*. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/20551-pessoas-com-deficiencia.html>. Acesso em 24 ago. 2020.

¹⁶ BRASIL. *Censo Demográfico de 2020 e o mapeamento das pessoas com deficiência no Brasil*. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cpd/documentos/cynthia-ministerio-da-saude>. Acesso em 25 ago. 2020.

Uma pesquisa efetiva, com base nos novos critérios, só será possível com a realização de um novo levantamento de campo.

Outro aspecto relevante a pontuar é a reafirmação dos direitos à igualdade e a não discriminação, arrolados como direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988, e o reconhecimento da competência do Poder Público para atuar em defesa da dignidade da pessoa humana e proteção à vida.

Embora essa mudança de paradigma tenha sido incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro, inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça revelam que, em alguns estabelecimentos de saúde, persiste a prestação de assistência inadequada a pessoas com deficiência intelectual.

Para exemplificar, citamos o caso concreto objeto do recurso especial n.º 1.452.031/SC, no qual o Estado de Santa Catarina foi responsabilizado pela falta de cuidados e tratamento discrepante daquele prescrito pelo médico responsável em hospital psiquiátrico (STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.452.031/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 25/11/2014, DJe 04/12/2014). Embora tenha sido julgado em 2014, antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência que é de 2015, o Brasil já havia sido condenado pelo caso Ximenes Lopes e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo já tinha *status* de emenda constitucional. Embora o caso tenha sido julgado pelo STJ em 2014, apenas alguns meses antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência entrar em vigor, ele é representativo de como o tema ainda era tratado.

Realça essa equivocada perspectiva, o fato de que o caso Ximenes Lopes já havia sido julgado há 8 anos, tendo sido repercutido amplamente no Brasil, e mesmo assim foi necessário condenar um hospital psiquiátrico por práticas incompatíveis com essa nova realidade. Assim, verifica-se que é necessária a mudança na sociedade e nas políticas públicas a fim de incluírem efetivamente as pessoas com deficiência em condições de igualdade com as demais pessoas.

4. Conclusão

Segundo dados fornecidos pela Organização das Nações Unidas, 80% (oitenta por cento) das pessoas com deficiência vivem em países em desenvolvimento e 20% (vinte por cento) das pessoas mais pobres do mundo possuem algum tipo de deficiência. Além disso, 30% (trinta por cento) dos jovens vivem na rua e 90% (noventa por cento) não frequentam a escola.

O Brasil enquadra-se nessas estatísticas¹⁷ e caminha a passos lentos na efetiva implementação de políticas públicas que visem a garantir os direitos das pessoas com defi-

¹⁷ NAÇÕES UNIDAS. *A ONU e as pessoas com deficiência*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-com-deficiencia/>. Acesso em 24 ago. 2020.

ciência. Embora seja signatário de convenções internacionais e possua uma legislação consistente sobre o tema, a realidade não é satisfatória. Após trinta e dois anos da promulgação da Constituição Federal e cinco anos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, situações semelhantes a do caso *Ximenes Lopes* ocorrem na atualidade, porque, a despeito de inúmeras medidas tendentes à inclusão social (tais como sistema de cotas para ingresso no serviço público e no ensino superior, percentuais impositivos de contratação por empregadores, adaptações que facilitam a mobilidade em transportes públicos e edificações)

À vista de tais considerações, conclui-se que, para uma efetiva proteção da pessoa com deficiência no Brasil, é necessário não só a imposição de condenações ao Estado por tribunais nacionais e organismos internacionais, como, especialmente, uma mudança na própria coletividade e no modo de interação de seus membros, a partir de uma conscientização do significado de inclusão social e da compreensão da existência de diferenças e da necessidade de eliminação de barreiras ao desenvolvimento de todos.

Referências

ALENCAR, Evandro Luan de Mattos; RAIOL, Raimundo Wilson Gama. **Uma análise do caso Ximenes Lores versus Brasil**. Disponível em: http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/viewFile/2982/1963. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL. **Saúde mental no SUS**: os centros de atenção psicossocial. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: http://www.ccs.saude.gov.br/saude_mental/pdf/SM_Sus.pdf. Acesso em 25 ago. 2020.

CIDH. **Caso Ximenes Lopes – Sentença de 4 julho de 2006 (mérito, reparações e custas)**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020

IBGE. **Censo 2010**. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/20551-pessoas-com-deficiencia.html>. Acesso em 24 ago. 2020.

FGV. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil – Corte Interamericana de Direitos Humanos – relato e reconstrução jurisprudencial**. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/narrativa_final_-_ximenes.pdf. Acesso em 23 de ago. 2020.

LIMA, Aluísio Ferreira de; PONTES, Maria Vânia Abreu. **O caso Damião Ximenes Lopes e a primeira condenação internacional do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Cadernos Brasileiros de Saúde Mental, v. 7, n. 16, Florianópolis, 2015.

BRASIL. **Censo Demográfico de 2020 e o mapeamento das pessoas com deficiência no Brasil**. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cpd/documentos/cinthia-ministerio-da-saude>. Acesso em 25 ago. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. **A ONU e as pessoas com deficiência**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-com-deficiencia/>. Acesso em 24 ago. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. Comitê sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. **Observações finais sobre o relatório inicial do Brasil**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cpd/documentos/relatorio-do-comite-da-onu-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-traduzido-em-portugues>. Acesso em 25 ago. 2020.

PALUMBO, Livia Pelli. A efetivação dos Direitos das Pessoas com Deficiência pelos sistemas de proteção dos direitos humanos: sistema americano e europeu. **Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito**, ano I, n. 2, 2012. Disponível em: http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/XpJi4SKLO7rVtt_2013-12-4-17-41-52.pdf. Acesso em 25 ago. 2020.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição**. 2 ed., Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

EFICÁCIA HORIZONTAL E A RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS NO DESCUMPRIMENTO DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

LUIZ ALBERTO BLANCHET*

EDUARDO IWAMOTO**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Controle de convencionalidade; 3. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e os direitos humanos; 4. Instrumentos judiciais autorizadores da responsabilidade das empresas no descumprimento de direitos humanos; 5. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Historicamente, o STF atribuía aos Tratados Internacionais, como valor, dentro da pirâmide de normas, força similar à lei ordinária. Com o advento da Emenda Constitucional 45, os Tratados Internacionais internalizados através do nosso processo legislativo correspondente, que versarem sobre direitos humanos, passaram a ter força similar a de uma Emenda Constitucional. Mais do que qualquer outro fator, essa questão obriga aos Tribunais assumirem um papel mais protagonista, na aplicação da norma internacional.

O presente trabalho pretende responder até que grau pode ser atribuído responsabilidade às empresas descumpridoras de direitos humanos oriundos de tratados internacionais? Terá efeitos similares à responsabilidade objetiva do parágrafo único do artigo 927, do Código Civil, para alcançar as empresas que tenham praticado atos lesivos aos direitos humanos?

Foi adotado o método analítico-dedutivo sem a pretensão de analisar o direito material dos direitos humanos, pretende-se, aqui, apenas analisar alguns instrumentos jurídicos pertinente ao ordenamento jurídico brasileiro, a trazer uma resposta da questão proposta.

Tomando-se por base status de supralegalidade dos tratados internacionais que tutelam direitos humanos, sob a perspectiva do entendimento do STF sobre o controle de

* Professor titular de Direito Administrativo da PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Doutor em Direito pela UFPR. E-mail: <blanchet@blanchet.adv.br>.

** Professor da PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Doutorando em Direito Econômico pela PUCPR. E-mail: <eduardo_iwamoto@yahoo.com.br>.

convencionalidade e a abertura do catálogo de direitos fundamentais, analisou-se a validade e eficácia de normas contrárias ao bloco de constitucionalidade, bem como os efeitos dos controles concentrado e difuso.

Com o intuito de apurar os limites do controle convencionalidade nas relações privadas, foi promovido o estudo da eficácia horizontal e apresentados os critérios de aplicabilidade imediata e mediata dos direitos fundamentais a serem adotados em relação às empresas privadas.

A seguir, analisou-se se as empresas respondem objetivamente quanto ao cumprimento de direitos fundamentais, partindo da analogia da ADI 5357, e da aplicação do artigo 927, parágrafo único do Código Civil.

Conclui-se, ao final, que existem vários instrumentos processuais que podem trazer efetividade à responsabilização de empresas no descumprimento de direitos humanos, sem a pretensão de analisar cada espécie processual.

2. Controle de convencionalidade

O descumprimento de tratados internacionais que abordam direitos humanos tradicionalmente limita-se à sanção de Estados-membro¹. Sistema repressivo que invariavelmente demonstra-se insuficiente na repressão de condutas contrárias à proteção da pessoa. Sejam condutas praticadas pelos próprios Estados no exercício de sua soberania, sejam condutas praticadas por entidades privadas que utilizam do soft power para exercer influência no ordenamento jurídico interno.

A mera sanção de estados-membro de organizações internacionais eventualmente pode estimular o descumprimento de direitos humanos por empresas privadas, sob o argumento que o aspecto econômico (e por que não por simples corrupção de autoridades) seria um interesse imediato em relação ao cumprimento de tratados.

O controle de convencionalidade é um importante instrumento de efetividade de direitos humanos em que pese a renitente postura das organizações internacionais em responsabilizar empresas privadas pelo descumprimento de direitos humanos, veja-se por exemplo a rejeição das normas propostas por John Ruggie pelas Nações Unidas².

Partindo da ideia inicial que empresas privadas não são sujeitos juridicamente reconhecidos em entidades de organização internacional, portanto não se submetem a sanções

¹ PAMPLONA, Danielle Anne; SILVA, Ana Rachel Freitas da Silva. Os princípios orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? In: BENACCHIO, Marcelo (coord.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: Editora CRV, 2016. p. 149.

² PAMPLONA, Daniele Anne; SILVA, Ana Rachel Freitas da Silva. Os princípios orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? In: BENACCHIO, Marcelo (coord.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e direitos humanos**. *Op. cit.* p. 157.

por estes órgãos, pretende-se analisar se há instrumentos jurídicos que permitam a responsabilização dessas entidades privadas ao menos no plano interno brasileiro.

Não se pretende discutir proibições já assimiladas pelo ordenamento jurídico normativo, pois necessariamente o descumprimento de tais direitos já repercutem em ilegalidade, mas sim aqueles instrumentos normativos decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos que tenham sido internalizados e que não decorram de outro instrumento normativo.

No plano interno, a Constituição da República brasileira categoriza tratados internacionais de forma genérica com o mesmo status de norma infraconstitucional³, sendo utilizada como regra hermenêutica aquelas estabelecidas pela Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro⁴. Por muito tempo esse entendimento prevaleceu no ordenamento jurídico brasileiro⁵, preferindo os tratados internacionais ao status de lei ordinária.

Em virtude da grande diversidade de assuntos abordados em acordos internacionais é necessário analisar seu conteúdo sendo possível identificar quatro espécies de normas internacionais⁶: as de direitos humanos; as de acordo de paz; as normas comunitárias; os demais tratados internacionais.

Não seria razoável atribuir mesmo regime jurídico às espécies distintas de tratados internacionais, uma vez que o objeto correspondente a cada um transcende muitas vezes meros acordos comerciais.

Os tratados de direito internacional que tutelam direitos fundamentais a partir da decisão do RE 466.343-SP, em que prevaleceu o voto do ministro Gilmar Mendes que ao analisar a aplicação do Pacto de São José de Costa Rica em relação aos contratos de alienação fiduciária, permitindo a prisão por dívida, traduziu a produção normativa compartilhada⁷ autorizada pelo art. 5º, §2º. A decisão estabelece que essa espécie de tratado não poderia revogar ou negar eficácia de dispositivo constitucional, tão pouco estaria na mesma condição de uma lei ordinária, devendo lhe ser atribuído status de supralegalidade⁸.

A Constituição brasileira é um sistema normativo aberto e partir da análise do art. 5º, §2º, pode-se identificar duas espécies de direitos fundamentais, sendo uma relativa a direitos

³ Constituição Federal, art. 102, III, “b”. disponível [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm] acesso 24/out/2018.

⁴ Decreto-Lei n. 4.657/42 disponível [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm] acesso em 24/out/2018.

⁵ BARROSO, Luís Roberto: **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17-34.

⁶ MALISKA, Marcos Augusto: **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 62.

⁷ MALISKA, Marcos Augusto: **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração**. *op. cit.* p. 63.

⁸ STF, Ministro Celso de Mello, RE 466.343-SP, JULG. 03/12/2008, PUBL. 11/12/2018. Disponível [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529] acesso em 01 de Outubro de 2018.

formal e materialmente fundamentais e outra relativa a direitos materialmente fundamentais⁹. A partir dessa abertura é possível concluir que o catálogo de direitos fundamentais não se esgota a partir daqueles elencados no artigo 5º, devendo considerar o parâmetro constitucional, ou bloco de constitucionalidade¹⁰, decorrente de tratados internacionais, promovendo o que a Doutrina denomina de diálogo de fontes¹¹.

São típicos de um Estado cooperativo a permeabilidade do plano jurídico interno a normas internacionais com o objetivo de promover sua integração internacional, MALISKA¹² sustenta que esse cooperativismo deve ser compreendido como o reconhecimento de um pluralismo jurídico próprio da ordem constitucional. Tal reconhecimento pode repercutir em impactos jurídicos com o intuito de aumentar o universo de direitos humanos positivados, reforçando a Constituição, inovando-a, integrando-a e complementando-a com a inclusão de novos direitos¹³.

Fruto desse alargamento, PIOVEZAN¹⁴ indica alguns tratados que incorporaram o rol de direitos fundamentais podendo ser indicados de forma exemplificativa: direito de toda pessoa a um nível adequado de vida para si e sua família; proibição de qualquer propaganda em favor da guerra e de qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso; direito das minorias étnicas, religiosas ou linguísticas a ter sua própria vida cultural; direito de não ser submetido a experiências médicas ou científicas sem consentimento do próprio indivíduo; proibição do restabelecimento da pena de morte nos Estados que a hajam abolido; direito do acusado ser ouvido; direito de toda pessoa detida ser julgada em um prazo razoável ou ser posta em liberdade sem prejuízo do prosseguimento do processo; ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

Esses e outros tratados internacionais que tutelam direitos humanos possuem aplicabilidade imediata decorrente da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais¹⁵, assume uma função de diretriz para a produção normativa e de conformação integrativa do sistema constitucional. A supralegalidade das convenções de direitos humanos promove a abertura da Constituição na inserção de novos valores reconhecidos pela comu-

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang: **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 80.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes: **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 919.

¹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira Mazzuoli: Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 181, jan./mar. 2009. p. 134.

¹² MALISKA, Marcos Augusto: **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração**. *op. cit.*, p. 68.

¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 167.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Idem* p. 168-178.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** *op. cit.* p. 263.

nidade internacional¹⁶. As normas infraconstitucionais que contrariem ou neguem vigência a esses tratados possuem vício no plano da validade.

MAZZUOLI¹⁷ faz uma interessante análise sobre vigência e validade das leis, sendo que há uma confusão entre os dois institutos ao considerá-los sinônimos. A vigência possui relação com a perfeição do processo legislativo encerrado com a publicação da norma, o que pode ocorrer nem sempre de acordo com o ordenamento jurídico. A validade é concernente à eficácia da norma. Uma norma pode ser vigente mas não possuir validade para produção de efeitos. Os parâmetros de validade devem observar a Constituição e os tratados internacionais relativos a direitos fundamentais.

O afastamento das normas inválidas decorre do controle vertical de conformação das normas. Pode ser exercido através do controle de constitucionalidade e de convencionalidade adotando o sistema da via direta ou difusa. Segundo MORAES¹⁸ tal sistema possui como fundamento a relação entre o controle de constitucionalidade à supremacia da Constituição em relação ao ordenamento jurídico, à rigidez constitucional e à proteção dos direitos fundamentais.

Negar eficácia a tratado que possua status de supralegalidade seria negar a própria lógica do sistema constitucional, pois a supremacia da Constituição não admite antinomias aos seus comandos. Portanto a introdução de novos tratados deve seguir o mesmo o mesmo regime.

A inclusão de novos direitos proposto por PIOVESAN¹⁹ impõe que a produção normativa infraconstitucional seja conformada com aqueles direitos convencionados pela comunidade internacional, afim de harmonizar o ordenamento interno ao bloco de constitucionalidade ou de convencionalidade através da via difusa ou concentrada.

No caso do controle concentrado, o modelo adotado é o via ação direta e abstrata, em uma corte constitucional que retira do ordenamento jurídico a norma inquinada, com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*. A declaração de inconstitucionalidade destitui a norma de qualquer carga eficácia jurídica e todas as consequências dela derivada²⁰, abrangendo o campo de validade da norma.

No controle difuso a conformação ocorre no plano da incidental ao processo principal ou através do recurso extraordinário, art. 102, III, da Constituição, seus efeitos são *ex nunc* e *inter pars*, cessando a validade da norma apenas naquelas relações jurídicas caso concreto.

Pelo sistema de controle de constitucionalidade difuso as partes ou terceiros intervenientes podem suscitar o controle de constitucionalidade e de convencionalidade re-

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*. p. 319.

¹⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira Mazzuoli: Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 181, jan./mar. 2009. p. 115.

¹⁸ MORAES, Alexandre de: **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 739.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional** *op. cit.* p. 167.

²⁰ MORAES, Alexandre de. *op. cit.* p. 793-794.

percutindo na existência de um grande rol de legitimados ativos para conformar as normas infraconstitucionais aos tratados internacionais sobre direitos humanos, tais como ministério público e terceiros interessados.

O controle de convencionalidade pode ser suscitado como incidente processual na responsabilidade de empresas no descumprimento de tratados internacionais. Seja pelos próprios interessados no dano ou por terceiros intervenientes. Mas para maior precisão no delineamento dessa responsabilidade é necessário abordar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a responsabilidade social das empresas.

3. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e os direitos humanos

Os direitos fundamentais são muito bem compreendidos quando se tratam da oposição ou condutas positivas frente ao Estado. Também, parece não restarem muitas dúvidas sobre a submissão das relações privadas às diretrizes de direitos fundamentais. Pois não seria coerente o ordenamento jurídico admitir que os particulares estivessem isentos ao cumprimento de direitos de salvaguarda de abusos constitucionalmente garantidos.

São vários os casos tutelados pela Constituição em que o art. 5º estabelece limites na atuação da esfera privada. Por exemplo: direito de resposta; tutela das relações de trabalho; discriminação por gênero, cor, etnia e religião; direito à intimidade; direito de sigilo de correspondência; etc.

O que se discute em relação à eficácia horizontal dos direitos fundamentais é identificar quais são os limites da aplicabilidade desses direitos nas relações privadas, pois o regime jurídico adotado parte de premissas distintas em relação ao Estado (regime jurídico público). A grande discussão que se trava é se é legítima a aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais à mesma maneira que a relação entre o Estado e a pessoa.

Em virtude da aplicabilidade subsidiária desses princípios fundamentais, primeiramente devem ser conformadas a liberdade e autonomia da vontade dos entes privados com o direito fundamental a que se reputa a contrariedade. Tarefa a ser realizada através da ponderação desses princípios ao caso concreto.

MENDES²¹ sustenta que na doutrina existem duas teorias sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas: teoria da eficácia imediata e direta; teoria da eficácia mediata ou indireta.

A primeira corrente sustenta que os direitos fundamentais devem ter pronta aplicação nas decisões de empresas que possuam grande poder social, ou em relação àqueles indivíduos que, em relação a outros, estejam em uma situação de supremacia de fato ou de direito²². Esta corrente visa a aplicação direta da norma constitucional do mesmo modo que se é aplicada nas relações entre os indivíduos e os Estados.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 177.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. *Idem*, p. 177.

Esta teoria é objeto de muitas críticas²³ à medida que afetaria o caráter essencial da autonomia da vontade nas relações negociais.

A aplicação direta está fundada no princípio da igualdade material, pois considera que numa relação bilateral em que ocorra uma situação de desequilíbrio entre as partes cabe ao juiz o papel de mediador.

SILVA²⁴ aponta como problema o caráter ambíguo da definição de desigualdade material, alerta ainda que em uma relação negocial, a desigualdade dos sujeitos envolvidos nem sempre pode afetar a autonomia da vontade. O que repercutiria em situações indesejáveis como a limitação da liberdade contratual.

A teoria da eficácia mediata ou indireta visa proteger o princípio da autonomia da vontade e do livre desenvolvimento da personalidade²⁵. O limite da eficácia horizontal dependeria dos pontos de irrupção²⁶ das relações privadas decorrentes de cláusulas gerais do direito privado. De tal forma que a sujeição dos particulares aos direitos é um problema relacionado com a conciliação dos direitos fundamentais aos princípios elementares de direito privado²⁷.

Contemporizando as críticas, SARLET sustenta que se deve considerar ao menos uma hipótese eficácia mediata, ao que se denomina de eficácia irradiante²⁸. Significa que as normas de direito privado não podem contrariar conteúdo de direitos fundamentais, devendo-se adotar parâmetros hermenêuticos de normas relativas a direitos fundamentais na interpretação de normas de direito privado.

Com o objetivo de maior precisão conceitual, adotar-se-á ao presente trabalho dois critérios: a teoria da eficácia irradiante; submissão das relações privadas de comandos de direitos fundamentais impositivos.

Justifica-se a adoção da eficácia irradiante pela técnica da hermenêutica constitucional, pois se o bem tutelado é a supremacia da Constituição ou direitos fundamentais, é adequado que se adotem princípios constitucionais para a integração e interpretação de conceitos jurídicos abertos de regime privado.

Se o enunciado do direito fundamental corresponde a uma determinação aberta, composto por diretrizes, conceitos jurídicos indeterminados e princípios, significa que o tratado deva ser adotado como elemento de interpretação.

O segundo critério considera ser adequado aplicar a eficácia imediata nas relações privadas cujos comandos de direitos fundamentais sejam impositivos. Se o referido direito

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. *Op. cit.*, p. 483.

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. **Revista Direito GV**, v.1, n. 1, p. 173-180, maio/2005. p. 175-179.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** *op. cit.* p. 178.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Idem*, p. 178.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** *op. cit.* p. 388.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** *op. cit.* p. 390.

fundamental não fazer remissão ao princípio da reserva legal (nos termos da lei) ou não utilize algum conceito jurídico indeterminado (que pressupõe a produção normativa para conformá-la ao caso concreto) deve-se considerar sua aplicação direta.

Um caso emblemático foi o julgamento da ADI 5357 proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN, em que questionou a obrigatoriedade de imposta pelos art. 28, §1º e o caput do art. 30 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015. Os referidos dispositivos determinam que as entidades de ensino privadas possuam acessibilidade e tenham em seus quadros profissionais capacitados para atender pessoas portadoras de deficiência, vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza nas mensalidades, anuidades e matrículas para cumprir essas determinações²⁹.

O ADI 5357 julgou constitucional as referidas determinações para que as escolas privadas promovam a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e providenciem medidas necessária de adaptação sem que os ônus financeiro seja repassado aos alunos.³⁰

O Estatuto da Pessoa com Deficiência decorre da promulgação do Decreto nº 6.949/2009 referente à Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, dotada do propósito de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas portadoras de deficiência. A edição do decreto observou o trâmite previsto no art. 5º, §3º, da Constituição, conferindo-lhe status de emenda constitucional³¹.

A partir da edição do decreto foi internalizado no ordenamento jurídico o primeiro tratado com status formal e material de direitos fundamentais. A partir de então deu-se a produção normativa para concretização dos direitos das pessoas portadoras de deficiência. O caso do Estatuto da pessoa portadoras de deficiência desperta atenção, pois, além da determinação de obrigações a serem cumpridas pelas escolas públicas em dar acessibilidade e contratar de profissionais habilitados para o atendimento a pessoa portadora de deficiência, estas foram estendidas às entidades privadas sem a correspondente contraprestação pecuniária.

Está muito claro que a acessibilidade encontra correspondência aos direitos de segunda geração, prestacionais, o que a princípio pode causar algum tipo de estranheza. Pois caso da aplicação da eficácia horizontal de direitos fundamentais à *prima facie* imagina-se direitos de defesa em alguma situação de hipossuficiência³².

²⁹ LOPES, Ana Maria D'Ávila Lopes, CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, n. 2, p. 82-94, jul./dez. 2016. p. 85.

³⁰ BRASIL. Notícias STF: **Escolas particulares devem cumprir obrigações do Estatuto da Pessoa com Deficiência, decide STF**. Disponível [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318570] acesso 20/out/2018.

³¹ LOPES, Ana Maria D'Ávila Lopes, CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, n. 2, p. 82-94, jul./dez. 2016. p. 85-86.

³² SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 174.

O ministro Edson Fachin defendeu que, conquanto o serviço público de educação seja livre à iniciativa privada, não significa que esses agentes econômicos possam atuar ilimitadamente ou sem responsabilidade. As escolas não podem se negar ao cumprimento de determinações legais sobre ensino, nem entenderem que essas obrigações legais limitam-se à geração de empregos e ao atendimento das legislações trabalhista e tributária³³.

O ministro Ricardo Lewandowski foi além, enfatizou a convicção atual de que a eficácia dos direitos fundamentais deve ser assegurada nas relações privadas, não sendo obrigação exclusiva do Estado.³⁴

O posicionamento dos ministros demonstra que em determinados casos há sim aplicação de eficácia imediata de direitos fundamentais. Especialmente no caso da Convenção de Nova Iorque estabelece obrigações impositivas de acessibilidade, vide artigo 9^a, do Decreto 6.949/09.

O reconhecimento da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como parte integrante do bloco de constitucionalidade é uma mudança significativa de posição do STF em relação à abertura do sistema constitucional à proteção internacional dos direitos humanos³⁵.

MALISKA identifica duas premissas que devem ser observadas na eficácia horizontal dos direitos fundamentais: a sua incompatibilidade com a tese dos direitos fundamentais serem exclusivamente direitos subjetivos de defesa perante os poderes estatais; o abandono dos pressupostos sociológicos da divisão Estado e Sociedade, implica uma redefinição dos conceitos de direito público e direito privado³⁶.

A eficácia horizontal passa a ter novos contornos, seja pelo diálogo das fontes, seja pelo novo papel a que se atribui a entidades privadas no cumprimento de direitos fundamentais.

Não parece adequado afirmar que todas as relações privadas devam se submeter à aplicabilidade imediata de direitos fundamentais, tão pouco que os particulares devam indiscriminadamente sustentar direitos prestacionais. Ao contrário, os limites da responsabilidade e da aplicabilidade devem ser analisados segundo o caso concreto, e principalmente decorrerem do comando imperativo da norma fundamental, seja ela oriunda do catálogo de direitos fundamentais ou de tratados internacionais.

³³ BRASIL. Notícias STF: **Escolas particulares devem cumprir obrigações do Estatuto da Pessoa com Deficiência, decide STF**. Disponível [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318570] acesso 20/out/2018. *Op. cit.*

³⁴ BRASIL. Notícias STF: **Escolas particulares devem cumprir obrigações do Estatuto da Pessoa com Deficiência, decide STF**. Disponível [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318570] acesso 20/out/2018. *Op. cit.*

³⁵ LOPES, Ana Maria D'Ávila Lopes, CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, n. 2, p. 82-94, jul./dez. 2016. p. 86.

³⁶ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração**. *op. cit.* p. 72.

A partir do posicionamento adotado pelo STF é possível analisar inúmeras possibilidades de controle de convencionalidade referentes à aplicabilidade imediata de tratados internacionais de direitos humanos e eventuais obrigações prestacionais. Mas o que interessa ao presente estudo é a aplicação de sanções a empresas que na sua atuação mercantil descumprem direitos humanos.

Uma questão oportuna é a possibilidade de responsabilização de empresas descumpridoras de direitos humanos, adotando como fundamento tratados internacionais, via controle difuso de convencionalidade no plano interno? Entendemos que sim! Mas antes de peremptoriamente afirmar a possibilidade de responsabilização é necessário abordar a legalidade estrita do poder sancionatório do Estado, e se de fato seria o caso de uma sanção ou de um direito subjetivo.

4. Instrumentos judiciais autorizadores da responsabilidade das empresas no descumprimento de direitos humanos.

A universalização de direitos humanos pressupõem a necessidade de uma sistemática internacional de monitoramento e controle para sua implementação, denominado *international accountability*³⁷. Esses instrumentos de Direito Internacional de Direitos Humanos são de aplicação subsidiária e suplementar ao direito interno, com o objetivo de superar suas omissões e deficiências³⁸.

As Cortes Internacionais de direitos humanos podem servir de subsídio para a aplicação por analogia de condenações de transgressões a direitos humanos pelos Tribunais nacionais.

Os tratados internacionais de direitos humanos, analisados como complemento ao catálogo de direitos fundamentais, devem observar as mesmas restrições aqueles expressamente previstos na Constituição.

MENDES³⁹ assinala que o princípio da reserva legal define os limites de abrangência dos direitos fundamentais em dois planos: seja pela expressão “nos termos da lei” estabelecida no próprio corpo do dispositivo; seja para definir um conceito jurídico indeterminado que deve balizar a conformação de determinado direito.

As normas infraconstitucionais podem ser puramente restritivas ou destinadas a explicitar, conformar, evitar abusos função de resolver possíveis concorrências e conflitos entre direitos individuais⁴⁰.

Desse modo direitos fundamentais não são absolutos e devem necessariamente observar os limites atribuídos pela própria norma infraconstitucional.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. *op. cit.* p. 237.

³⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. *Idem* p. 239.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** *op. cit.* p. 192.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** *Idem.* p. 198.

O próprio enunciado do princípio da legalidade geral trata de uma proteção elementar garantida pelos direitos fundamentais. A legalidade geral permeia o fundamento constitucional da livre iniciativa e a expressão da autonomia da vontade. Ou seja, sem produção normativa o Estado não é autorizado compelir conduta omissiva ou comissiva do particular. Especialmente em relação ao desempenho do poder sancionatório do Estado para coibir determinadas práticas⁴¹.

Portanto se não houver previsão legal de imposição de sanção a empresas no descumprimento de direitos fundamentais, não há possibilidade de o Estado exercer seu poder de polícia.

Por outro lado não há que se negar a aplicabilidade imediata de determinados direitos humanos previstos em tratados internacionais com objetivo de atribuir algum tipo de responsabilidade àquelas empresas descumpridoras desses direitos.

A forma de coibir esse tipo de conduta ao nosso ver não se refere ao poder sancionatório do Estado, mas sim ao exercício do direito subjetivo da vítima na busca de reparação através do Poder Judiciário.

Esses direitos subjetivos decorrem do status de suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, que podem ser concretizados pelo controle de convencionalidade através do sistema difuso.

Sua aplicabilidade imediata justifica-se pela imperatividade e autoexecutoriedade do enunciado do tratado, dispensando a necessidade de complementação ou conformação, características do princípio da reserva legal.

A responsabilidade da empresa descumpridora de direitos humanos pode se dar no plano dos direitos ambiental, penal, trabalhista e da dignidade da pessoa humana. A resposta para cada aspecto desses direitos decorrerá dos precedentes de cada Corte Internacional relativa ao tratado correspondente, que auxiliarão de forma subsidiária na aplicação da norma no plano interno.

Adota-se o critério da responsabilidade, e não sancionatório, por motivos pragmáticos. O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil impõe responsabilidade objetiva àquele que causar dano decorrente de atividade que, por sua natureza e que seja normalmente desenvolvida, implique em risco a direitos de outrem.

Segundo o novo entendimento do STF consubstanciado no ADI 5357 os estabelecimentos de ensino deverão garantir acesso a pessoas portadoras de deficiência, caso contrário estariam correndo risco de se criar às instituições particulares de ensino odioso privilégio o qual os agentes econômicos não podem se isentar, o privilégio é odioso porque oficializa a discriminação⁴².

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella: **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 123.

⁴² BRASIL. Notícias STF: **Escolas particulares devem cumprir obrigações do Estatuto da Pessoa com Deficiência, decide STF**. Disponível [http://www.stf.jus.br/porta/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318570] acesso 20/out/2018. *Op. cit.*

Por óbvio o fundamento da ADI 5357 passou longe da responsabilidade objetiva do art. 927, mas o elemento convergente em ambas as situações é a inserção do conceito de não discriminação na atuação positiva do estabelecimento de ensino. A entidade privada deverá adotar uma conduta comissiva para não promover a discriminação da pessoa portadora de deficiência.

Tal lógica pode ser adotada também em casos relativos a relações trabalhistas, meio ambiente e dignidade da pessoa humana.

A mera adequação às leis trabalhistas, geração de impostos e recolhimento de tributos não satisfaz mais a função social da empresa⁴³, deve observar direitos fundamentais de eficácia horizontal decorrentes de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

Ponto específico de interesse ao presente estudo é o controle difuso do controle de convencionalidade no descumprimento de direitos fundamentais. Que pode se dar através das diversas ações disponíveis no ordenamento jurídico (declaratórias, constitutivas, ação civil pública, etc).

Esse controle pode ser realizado por meio de diversos legitimados ativos, os quais comportam além das vítimas do ato lesivo, o ministério público e entidades representativas.

Além do caráter educativo da responsabilização na esfera patrimonial dessas empresas, é possível também obrigá-las a desempenhar condutas positivas preventivamente à ocorrência de atos lesivos através de tutelas inibitórias ou termos de ajuste de conduta.

Cabe ao magistrado como intérprete constitucional promover a análise da convencionalidade no descumprimento de direitos humanos nas relações privadas. O ordenamento jurídico brasileiro dispõe de diversos instrumentos judiciais para realizar o controle e afastar eventuais atos lesivos promovidos por empresas.

O magistrado pode inclusive adotar como critério de analogia, decisões de cortes internacionais de direitos humanos para ponderar a aplicabilidade desses tratados ao caso concreto.

5. Conclusão

O controle de convencionalidade é um instrumento importante para a concretização de direitos humanos internacionalmente reconhecidos. A abertura da constituição permite atribuir a esses direitos tratamento diferenciado derivado do status de supralegalidade.

A via incidental de controle de convencionalidade viabiliza vários legitimados ativos a buscar a tutela jurisdicional para solucionar o descumprimento desses tratados.

⁴³ BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto: **Responsabilidade social das empresas – práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2006, p. 113.

Não pelo modelo sancionatório do Estado, pois pelo princípio da reserva legal presume-se a respectiva hipótese normativa e correspondente consequência jurídica, mas sim pela via reparatória admitida pelo Código Civil.

Adotando o método jurídico de interpretação, próprio da hermenêutica constitucional, as empresas necessariamente devem dar cumprimento aos tratados de direitos humanos. Por extensão e analogia esses direitos devem ser considerados como parte da atividade empresarial, atraindo para si a responsabilidade objetiva prevista no parágrafo único do art. 927, do Código Civil.

A ADI 5357, que declarou constitucional a disposição de investimento em acessibilidade do Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência aos estabelecimentos de ensino privado, sob o fundamento que seria uma forma de discriminação não permitir o acesso dessas pessoas no ensino privado⁴⁴, considerou que a entidades privadas não podem ser furtar ao cumprimento de direitos fundamentais.

Se a natureza de qualquer atividade empresarial, pela eficácia horizontal, abrange direitos fundamentais, a empresa deve responder objetivamente em relação aos danos resultantes de descumprimento de direitos humanos.

A via incidental de controle de convencionalidade, além de autorizar a participação de vários legitimados ativos, permite que se utilize de vários instrumentos processuais para a persecução de tal fim.

A ação civil pública por exemplo tutela interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, podendo tutelar interesses de grupos, classes ou categorias de empresas, podendo ter como objeto condenação de cunho patrimonial ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer⁴⁵, utilizando como fundamento tratados internacionais de direitos humanos.

O diálogo das fontes permite inclusive utilizar como analogia os precedentes de cortes internacionais na solução do caso concreto.

Respondendo a questão formulada na introdução, as empresas podem ser responsabilizadas pelo descumprimento de tratados internacionais pelo controle de convencionalidade, pela via difusa.

Referências

BRASIL. Constituição Federal, art. 102, III, “b”. disponível [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm] acesso 24/out/2018.

⁴⁴ Notícias STF: **Escolas particulares devem cumprir obrigações do Estatuto da Pessoa com Deficiência, decide STF**. Disponível [<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318570>] acesso 20/out/2018. *Op. cit.*

⁴⁵ Lei 7.347/85 disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm] acesso em 22/out/2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657/42 acesso [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del-4657compilado.htm] disponível em 24/out/2018.

BRASIL. STF, Ministro Celso de Mello, RE 466.343-SP, JULG. 03/12/2008, PUBL. 11/12/2018. Disponível [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529>] acesso em 01 de Outubro de 2018.

BRASIL. Notícias STF: **Escolas particulares devem cumprir obrigações do Estatuto da Pessoa com Deficiência, decide STF**. Disponível [<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318570>] acesso 20/out/2018.

BRASIL. Lei 7.347/85 disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm] acesso em 22/out/2018.

BARROSO, Luís Roberto: **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto: **Responsabilidade social das empresas – práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes: **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7^a. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: **Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LOPES, Ana Maria D'Ávila Lopes, CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, n. 2, p. 82-94, jul./dez. 2016.

MALISKA, Marcos Augusto: **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração**. Curitiba: Juruá, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira Mazzuoli: Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 181, jan./mar. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira: **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de: **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAMPLONA, Daniele Anne; SILVA, Ana Rachel Freitas da Silva. Os princípios orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? In: BENACHIO, Marcelo (coord.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e direitos humanos**. Curitiba: Editora CRV, 2016, p. 147-168.

PIOVESAN, Flávia: **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang: **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. **Revista Direito GV**, v.1, n. 1, p. 173-180, maio/2005.

A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NOS ANOS 90 E 2000: UMA “CORTE” CANÇADO TRINDADE?

SIDDHARTA LEGALE*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As opiniões consultivas dos anos 90 e 2000. 3. O ciclo de casos peruanos e o acesso à justiça. 4. O ciclo de casos colombianos e os massacres. 5. O ciclo de casos brasileiros e a vulnerabilidade. 6. A corte IDH como uma “Corte” Cançado Trindade? 7. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) sofre uma profunda mutação convencional¹, ou seja, um processo de transformação informal quando comparamos dois momentos distintos, batizados de “Corte” Pedro Nikken e de “Corte” Cançado Trindade, em homenagem aos magistrados que tiveram sua jurisdição em seus respectivos períodos e cujos perfis representam a passagem de um momento de jurisdição dos anos 80 para a jurisdição constitucional interamericana nos anos 90 e 2000. Embora não tenha ocorrido nenhuma modificação formal no texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte IDH não é mais como era antigamente.

A Corte IDH na década de 1980 foi uma Corte clássica de direito internacional. Um dos seus magistrados mais destacados da época foi Pedro Nikken, cujo trabalho mais relevante é sobre o desenvolvimento progressivo do direito internacional dos direitos mais

* Professor de Direito Constitucional e Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND-UFRJ (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Professor visitante do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Coordenador do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos (NIDH). Pós-doutor e Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional e bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). E-mail: siddhartalegale@hotmail.com.

¹ LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel. As “mutações convencionais?” do acesso à Justiça Internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: VAL, Eduardo Manuel; BONILLA, Haideer Miranda (org.). *Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção*. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 83-108. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c7yrg601/lciv2140/Nm40SIV1Hk28X37.pdf>.

gerais aos específicos, da lei sem organismos de controle aos direitos com a possibilidade de responsabilidade internacional do Estado. Outra contribuição importante foi sobre pareceres consultivos. Este perfil mais moderado faz com que o juiz acadêmico e interamericano venezuelano seja representante de uma época em que a Corte Interamericana adota mais opiniões consultivas do que casos contenciosos. Os casos se limitam a reconhecer o desaparecimento forçado de pessoas no que se conhece como o ciclo de casos hondurenhos².

Nos anos 1990 e 2000, a Corte Interamericana adotou um perfil muito diferente. Em primeiro lugar, o conteúdo dos pareceres consultivos começa a abordar mais questões de direitos humanos dos grupos vulneráveis do que questões relacionadas com o funcionamento do sistema interamericano. Em segundo lugar, o litígio sobre o sistema registra um aumento do número de países sob a sua jurisdição de 9 para 21, o número de sentenças e medidas provisórias³ aumenta para cerca de 300 e 1500, respectivamente.

Em terceiro, existe uma profusão expansão do acesso à justiça internacional com a possibilidade de reconhecer tanto o esgotamento material e não só formal, como a possibilidade de que o indivíduo fale por si mesmo na Corte IDH (locus standi on judicio) após a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) levar o caso para lá.

Todas essas contribuições, entre inúmeras outras para ampliar o acesso à justiça perante o sistema interamericano, têm a figura mais representativa no professor e juiz brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade. O magistrado tem um trabalho de uma vida dedicado ao direito internacional. Publicou sobre o esgotamento dos recursos internos e foi responsável por consolidar a doutrina do esgotamento material, quando os recursos forem ineficazes no âmbito nacional ou violam a duração razoável do processo, o que permite à CIDH considerar esgotados os recursos internos, apesar deles não terem percorrido todas as instâncias formalmente⁴. Essa análise foi objeto da Opinião Consultiva n. 11/90⁵.

² LEGALE, Siddharta. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en los años 80: Una "Corte" Pedro Nikken? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, n. XX, p. 315-349, ene./dic. 2020. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/14478/15621>

³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O regime jurídico autônomo das medidas provisórias de proteção*. Fortaleza/Haia: IBDH-IDH, 2017. Cf. SILVA, Carla Trindade. *As medidas provisionais da Corte Interamericana de Direitos Humanos: análise dos casos brasileiros envolvendo pessoas privadas de liberdade*. Rio de Janeiro: Trabalho de Conclusão de curso da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, 2019.

⁴ Sua tese de doutorado em Cambridge ganhou o Prêmio York. Em português, ele publicou CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. Brasília: Editora da UNB, 1997. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A regra do esgotamento dos recursos internos revisitada: desenvolvimentos jurisprudenciais recentes no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos. In: *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*. vol. I. São José da Costa Rica: Corte Interamericana de Direitos Humanos, Unión Europea, 1998. Mais recentemente, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tribunais internacionais e a realização da justiça*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

⁵ DESCHAMPS, Luiza; CRUZ, Thainá Mamede Couto da; CHRYSTELLO, Danielle do Nascimento. Opinião Consultiva n.11/90 da Corte IDH e o esgotamento material dos recursos internos. *Casoteca do NIDH*. Disponível em: <https://nidh.com.br/opiniao-consultiva-n-o-11-90-da-corte-idh-e-o-esgotamento-material-dos-recursos-internos/>

Em segundo lugar, Cançado Trindade lecionou e publicou três cursos na Academia de Direito Internacional de Haia, o que é extremamente raro. No primeiro sobre a coordenação e coexistência dos sistemas de proteção de direitos humanos em 1987⁶, o segundo sobre o novo *jus gentium* em 2005⁷ e o terceiro sobre a doutrina latinoamericana do direito internacional em 2015⁸. Todo esse marco teórico lhe deu credenciais para o cargo e para marcar profundamente a Corte Interamericana.

Em terceiro, Cançado Trindade desempenhou suas funções como juiz na Corte Interamericana entre os anos de 1994 e 2006 e presidiu a mesma entre os anos de 1999 até 2004. Atualmente ocupa o cargo de juiz na CIJ. Como juiz, é possível destacar a Reforma do Regimento de 2001 da Corte Interamericana, OC-16/99⁹ e o ciclo de casos peruanos sobre o acesso à justiça e o ciclo de casos colombianos sobre massacres como suas principais contribuições para a jurisprudência¹⁰. OC-16/99 quando a Corte Interamericana determina o ensino do Instituto de Assistência Consular à luz do proceso concebido na CADH. O ciclo de casos peruanos determinou uma leitura integrada entre os artigos 1, 2, 8 e 25 da CADH, dando o significado e o alcance do que significa o acesso à justiça e ao sistema interamericano: proteção de direitos, ações efetivas para sua proteção, garantias judiciais, um poder judicial independente e o direito aos direitos. O ciclo de casos brasileiros, por sua vez, é importante para a proteção das pessoas mais vulneráveis.

Esse conjunto de transformações informais converte a Corte Interamericana em uma “Corte” Cançado Trindade. Essa mutação convencional, quer dizer uma mudança no perfil da Corte Interamericana de uma Corte Internacional de Direito clássica para uma Corte Constitucional transnacional não produzida através de uma reforma da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). O texto da CADH permanece intacto, porém sua interpretação está profundamente alterada. Existe um novo perfil de um Tribunal mais ativista e intervenien-

⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Co-existence and co-ordination of mechanisms of international protection of Human Rights (at global and regional levels). *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Haia, t. 202, 1987.

⁷ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 2. ed. Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013.

⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The Contribution of Latin American Legal Doctrine to the Progressive Development of International Law: Special Lecture 2015 Session, Public International Law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Haia, t. 376, 2014, p. 9-92.

⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Interamerican Court of Human Rights on International Case-law and Practice. *Chinese Journal of International Law*, vol. 6, n. 1, p. 1-16, 2007.

¹⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The Access of Individuals to International Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *O exercício da função judicial internacional: memórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. Sobre esse livro, confira a entrevista que realizei no Canal no YouTube “Debates Virtuais”: <https://www.youtube.com/watch?v=-4FQgid-gL5U>

te em soberania interna em nome dos direitos humanos e a proteção das normas de justiça, como a proibição da tortura e a não discriminação.

Há a adoção dessa linguagem, vocabulário e discurso análogo a um tribunal constitucional na jurisdição contenciosa da Corte IDH, que reconhece a existência de um bloqueio interamericano de convencionalidade, um *corpus juris*, que, por sua vez, atribui a supremacia da Convenção Americana de Direitos Humanos e a obrigação dos Estados de aplicar o controle de convencionalidade, como fixou, por exemplo, nos casos *Barrios Altos vs Perú* (2001), *Mack Chang vs Guatemala* (2003), *Almonacid Arellano vs Chile* (2006), *Cabrera García y Montiel Flores* (2010), *Gelman vs Uruguay* (2011).

A jurisprudência se sistematizou para ser analisada por uma lógica de “ciclo de casos”: (i) hondurenhos, sobre o desaparecimento forçado de pessoas; (ii) peruanos, sobre as violações do acesso à justiça; (iii) colombianos, sobre os massacres; e (iv) brasileiros, sobre os grupos vulneráveis.

Nos anos seguintes, o proceso de constitucionalização da CADH e da Corte IDH, cujas bases teóricas já estavam presentes no caso *Barrios Altos vs Perú* (2001), se acelera quando a Corte IDH reconhece explicitamente um *Corpus Juris* interamericano e afirma que as leis de auto anistia “carecem de efeitos legais” porque violaram a CADH. A supremacia hierárquica do instrumento já estava presente no discurso da Corte IDH. Conceitos e discursos paralelos aos utilizados pelo direito constitucional começaram a ser utilizados sistematicamente na jurisprudência interamericana. É o caso do controle difuso de convencionalidade, iniciado no caso do *Arellano vs. Chile* (2006), ou no “bloqueio de convencionalidade”, do caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010). A CADH, interpretada pela jurisprudência de seu Tribunal, terá supremacia sobre as demais normas e servirá como parâmetro de validade. Em outro voto, quando, porém, era um juiz *ad hoc* da Corte IDH, Roberto Caldas chegou a ir mais além declarando expressamente a existência de uma “Constituição supranacional dos direitos humanos” pela CADH no caso *Gomes Lund vs. Brasil* (2010).

2. As opiniões consultivas nos anos 90 e 2000

A “Corte” Cançado Trindade tem como foco a defesa do direito à informação e do devido processo legal por meio da garantia obrigatória de assistência consular aos estrangeiros condenados à pena de morte (OC-16/99), da proteção dos direitos humanos da infância e da juventude pessoas (OC-17/02), da proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores imigrantes indocumentados (OC-18/03), da proteção das crianças migrantes (OC-21/04) e também a totalidade dos direitos individuais das comunidades indígenas e sindicatos, (OC-22/16), meio ambiente (OC-23/17), gênero e violência e discriminação LGBT (OC-24/17), bem como asilo político (OC-25/18). As últimas não serão apresentadas por serem após a judicatura de Cançado Trindade.

Na **OC-16/99**, observa-se uma posição mais atuante e interveniente da Corte que, de alguma forma, relativiza o conceito clássico de soberania. Esta opinião consultiva baseou-se no direito à assistência consular nos casos de estrangeiros condenados à pena de morte. O parecer consultivo proveu leitura do art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (CVRC) sobre Direitos Humanos, com base na CADH¹¹. Nele se reconheceu os direitos dos estrangeiros detidos, inclusive o direito à informação sobre a assistência consular, como uma obrigação que se correlaciona com o Estado de acolhimento. Para o CVRC, a expressão “sem demora” de seu art. 36, 1. b), significa que o Estado deve cumprir o seu dever de informar o detido dos direitos previstos na referida disposição quando for privado da liberdade. O descumprimento deste direito afeta as garantias do devido processo (artigo 8 da CADH). E, não só isso, mas a imposição da pena de morte constitui uma violação do direito de não ser privado da vida “arbitrariamente”, de acordo com as disposições dos tratados de direitos humanos pertinentes.

Ressalta-se que este Parecer Consultivo, dado pelo Tribunal, é um dos mais importantes e impactantes, como foi destacado e enfatizado acima. Ele, do ponto de vista objetivo, retoma o surgimento e a consolidação de um Corpus Juris não só interamericano, mas do próprio direito internacional dos direitos humanos. Isso porque acaba exigindo que os Estados harmonizem os tratados acordados, como é o caso da CVRC com os direitos humanos, previstos, por exemplo, no CADH. Este BC, além de exigir respeito ao direito humano à informação e à assistência consular, consolida uma determinada dimensão objetiva do CADH que passa a funcionar como parâmetro de validade ou prisma para visualizar os outros tratados, de forma muito semelhante à forma como as leis são interpretadas de acordo com a Constituição.

Do ponto de vista subjetivo, como é bem lembrado por Cançado Trindade, há em seu conteúdo o despertar de uma “consciência jurídica universal” em relação aos abusos contra as pessoas. O direito de assistência consular não é mais um benefício simples concedido pelo Estado, agora é considerado um direito humano do povo. Se forem condenados e não tiverem esse direito respeitado, esse processo não terá respeitado o processo legal, garantido pelo CADH. Esse entendimento coloca os seres humanos em uma posição central como um tema de direito tanto interno quanto internacionalmente. Há uma “humanização do direito à assistência consular”¹².

¹¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Interamerican Court of Human Rights on International Case-law and Practice. *Chinese Journal of International Law*, vol. 6, n. 1, p. 1-16, 2007.

¹² CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Reflexões sobre o deslocamento forçado como um problema de direitos humanos frente a consciência jurídica universal. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. (Org.). *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovación, 2002, p. 1021 e ss.

A **OC-17/02** abordou o estatuto legal e os direitos humanos das crianças¹³. A corte IDH considerou que a criança é qualquer um que não tenha completado 18 anos, a menos que tenha chegado à idade adulta por lei. O BC respondeu algumas perguntas sobre a compatibilidade com os Arts. 8 e 25 sobre o devido processo legal em relação às medidas tomadas pelos Estados para crianças.

Em primeiro lugar, no que diz respeito à possibilidade de separar os jovens de seu país pela ausência de condições de educação e manutenção, decidiu-se que essa possibilidade deveria ser excepcional e temporária, razão pela qual a família deve ser concebida como núcleo prioritário e que tal separação deve servir aos maiores interesses da criança.

Em segundo lugar, a permanência dos menores no estabelecimento de custódia afeta o direito humano à liberdade. Por essa razão, essas instituições devem ter uma equipe treinada com experiência comprovada para lidar com tais tarefas, instalações suficientes para o bom desenvolvimento físico e mental da criança, e devem utilizar meios adequados para alcançar seus propósitos.

Em terceiro lugar, ressaltou-se que o direito à vida decente das crianças implicava não apenas a ausência de privação arbitrária, mas também a adoção de medidas necessárias para se desenvolver em condições decentes, proteção contra ofensas sociais, econômicas e de direitos culturais. Em relação ao processo penal relativo a eles, a Corte IDH observou a importância de garantir princípios como o do juiz natural, o duplo grau de jurisdição, a presunção de inocência, o direito ao contraditório e a ampla defesa. É claro que, para as garantias desses princípios, devem ser observadas as particularidades da situação específica em que os direitos das crianças são reunidos. Por fim, recomendou que fossem adotadas rotas alternativas de resolução de controvérsias que não diminuíssem seus direitos.

A **OC-18/03**, por sua vez, declarou os direitos dos trabalhadores imigrantes sem documentos¹⁴. Definiu que os Estados tinham a obrigação geral de respeitar e garantir seus direitos fundamentais. A ausência de documentação para entrada regular e permanência no país não deve servir de justificativa para o tratamento discriminatório desses trabalhadores pelo Estado ou por aqueles que os contratam. No acesso à justiça, a Corte separou corretamente a entrada irregular de migrantes no país de destino em relação aos seus direitos violados após sua entrada. Assim, concluiu-se que essa irregularidade não pode ser a causa da privação de direitos trabalhistas se o serviço for efetivamente prestado. Trabalhadores imigrantes não documentados não só estariam em uma situação de profunda vulnerabilidade, mas seriam cautelosos com seus direitos por parte das empresas e haveria tolerância

¹³ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Opinião Consultiva N. 17/02 da Corte Interamericana: um marco na proteção internacional da infância e da adolescência. *Casoteca do NIDH*. Disponível em: <https://nidh.com.br/a-opinio-con-sultiva-n-17-02-da-corte-interamericana-um-marco-na-protexao-internacional-a-criancas-e-adolescentes/>.

¹⁴ SILVA, Gabriel Mattos da. A Opinião Consultiva n. 18/03 da Corte Interamericana: os direitos dos migrantes indocumentados. *Casoteca do NIDH - UFRJ*. Disponível em: <https://nidh.com.br/oc18/>.

mínima por parte do Estado. Haveria uma desvantagem em relação aos trabalhadores nacionais ou trabalhadores imigrantes com documentos.

A Corte IDH considerou que, neste cenário, esses trabalhadores seriam indevidamente discriminados justamente por causa dessa posição de não considerar o princípio da igualdade. Afinal, duas pessoas que fizeram o mesmo trabalho no mesmo país receberão direitos diferentes, embora possa parecer uma situação semelhante. Um trabalhador mexicano nos Estados Unidos que entrou irregularmente por medo de deportação acabará sendo uma vítima ou terá menos direitos trabalhistas segurados do que um trabalhador americano ou outro trabalhador mexicano que entrou regularmente no país. Não se trata apenas de receber um salário melhor por fazer um trabalho melhor, trata-se de não tirar licença, não receber horas extras e até mesmo não poder buscar justiça, na prática, por seus direitos violados por medo de deportação.

A Corte IDH ressaltou que o princípio da não discriminação ou igualdade era considerado uma regra de *jus cogens*, um estado imperativo do direito internacional que o Estado não pode deixar de respeitar, sob pena de responsabilidade internacional. Isso significa que, ao não garantir os direitos trabalhistas do imigrante ilegal, a igualdade e o devido processo legal, garantidos pelo CADH, serão violados. O Estado tem a obrigação, não só o poder de respeitar e garantir os direitos trabalhistas de todos os trabalhadores, independentemente de sua condição de nacional ou estrangeiro. Situações de discriminação contra eles não podem ser toleradas nas relações industriais privadas estabelecidas entre indivíduos (empregador-empregado).

A Corte IDH registrou que seria contraditório que o Estado admitisse, tolerasse ou omitisse a fiscalização da entrada irregular e permanência de imigrantes, beneficiando, em última instância, a indústria nacional que gastará menos com o trabalhador por não garantir seus direitos trabalhistas. Ela reiterou que os trabalhadores migrantes não documentados têm os mesmos direitos trabalhistas que outros trabalhadores na situação de emprego. Deve-se notar que a CIDH tinha como objetivo garantir direitos humanos fundamentais, tanto nas relações privadas quanto nas relações com o Estado.

Após esta decisão, a Corte IDH afirmou que a igualdade e não discriminação são regras de *jus cogens* e que devem ser aplicadas para a proteção dos direitos humanos, inclusive contra terceiros, tanto no direito interno quanto no direito internacional, independentemente do status de imigração da pessoa¹⁵.

Em seu voto concordante, Cançado Trindade destacou a grande vulnerabilidade à qual os trabalhadores imigrantes indocumentados estão expostos. Por um lado, pertencem a um setor da economia informal e, por outro, sua conduta é criminalizada e considerada

¹⁵ Sobre a aplicação da teoria na jurisprudência de Direito Constitucional comparado (EE.UU., Alemanha, Brasil e Espanha), cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ilegal. Nesse sentido, Cançado Trindade ressalta a necessidade de superar esses traumas através da solidariedade humana superando a fragmentação do mundo, a exclusão social e a marginalização. Assim, propõe uma mudança de paradigma do Estado para outro modelo em que os seres humanos são o centro do sistema jurídico. Ele chega até a afirmar uma espécie de “retorno eterno do jusnaturalismo” e uma “primazia de valores”.

Agora, se não houve volta ao jusnaturalismo, houve pelo menos um flerte com esta linha de pensamento da Corte IDH. Afinal, o OC-18/03 renunciou ao princípio da não discriminação ou igualdade, elevando-o ao status de jus cogens. Nesse sentido, sob essa nova visão, essas regras tornam-se operacionais levando em conta a conduta do Estado e dos indivíduos. Em outras palavras, os princípios são vistos não apenas como motivo para a validade das regras, mas como regras contra determinada conduta do Estado. Por isso, Cançado Trindade enfatiza o “estrito apego às garantias do devido processo legal e o respeito à dignidade da pessoa humana”.

Na **OC-21/14** focou uma luz sobre a proteção das crianças, em condição de imigrante, ou de seus pais, sobre as disposições da CADH, DADDH e da Convenção Interamericana para prevenir e sancionar a tortura¹⁶. A Corte IDH considerou que ele era uma criança que não completou 18 anos e que deve desfrutar de proteção especial, independentemente de sua nacionalidade ou status como migrante. É dever do Estado proporcionar à criança o devido acesso à justiça, devido à sua condição especial de vulnerabilidade, garantindo sua proteção e segurança. Nessa linha, foi dito que a restrição da liberdade da criança durante a realização do andamento do processo migratório ou sua deportação em caso de grave risco à sua integridade física era inadmissível.

Na **OC-22/16**, a Corte IDH destacou que a CADH se limita à proteção das pessoas, sem incluir as pessoas jurídicas, sobre uma interpretação literal, teleológica e sistemática do artigo 1.2 da CADH. Vê-se: “*Artigo 1º. Obrigação de respeitar direitos. 2. Para os propósitos desta Convenção, uma pessoa é todo ser humano.*” Por conseguinte, a CIDH se manifestou invocando a boa-fé e, no contexto do CADH, na interpretação dos dispositivos, o que conclui que as pessoas jurídicas não detêm, via de regra, direitos no sistema interamericano, exceto em situações particulares.

No entanto, não se limitou a enunciar a redacção literal da disposição. Reconheceu algumas exceções, tais como a possibilidade de os indivíduos esgotarem os recursos internos para que sejam garantidos às pessoas colectivas certos direitos, tais como os direitos de participação, de propriedade ou de liberdade de expressão dos accionistas. Com base na Convenção n.169 da OIT e na sua própria jurisprudência, o Tribunal da CIDH também admitiu os direitos de propriedade das comunidades indígenas. Nos termos do artigo 44 da CADH e

¹⁶ LEGALE, Siddharta; SARDINHA, Danilo. A opinião consultiva n. 21/2014: os deveres do Estado frente às crianças migrantes. *Casoteca do NIDH – UFRJ*. Disponível em: <https://nidh.com.br/oc21>.

do artigo 8.1 do Pacto de San Salvador, os sindicatos, federações e confederações tiveram também acesso ao ISHR para proteger a propriedade e a dignidade da pessoa humana.

3. O ciclo de casos peruanos e o acesso à justiça¹⁷

Nos anos 90, o número de países que reconheceram a jurisdição da Corte IDH aumentou. Dez novos países o fizeram, contando também o reconhecimento de Barbados nos anos 2000: Panamá (09/05/1990), Chile (21/08/1990), Nicaragua (12/02/1991), Trinidad y Tobago (28/05/1991), Paraguai (26/03/1993), Bolívia (27/07/1993), El Salvador (06/06/1995), Haiti (20/03/1998), Brasil (10/12/1998), México (16/12/1998), República Dominicana (25/03/1999) e Barbados (04/06//2000).¹⁸

O Peru viveu nos anos 90 um período extremamente turbulento na sua história. Na esfera econômica, o país estava a passar por um processo de inflação e estava a ser proposta uma economia de mercado sob fundações neoliberais, as quais foram finalmente implementadas. Politicamente, Fujimori chegou ao poder com apoio militar e visitou o Japão e os Estados Unidos para negociar com o FMI. Depois Fujimori implementou um “auto-golpe”, dissolvendo o Congresso da República, o Tribunal de Garantias Constitucionais e o Conselho do Poder Judiciário. Finalmente, o Presidente apelou a um referendo sobre a constituição.

No plano legal, a antiga Constituição de 1979 foi substituída pela Constituição peruana de 1993, depois de Fujimori ter sido eleito, estabelecendo um “governo de emergência e de reconstrução nacional”. No processo, foi adotado um comportamento autoritário incompatível com os direitos humanos.

É neste cenário que a Corte Interamericana produz um verdadeiro «ciclo de casos peruanos». Vários fatores permitem-nos reconhecer esta unidade entre as decisões que lhe permitem qualificar-se como um verdadeiro ciclo. Os fatos subjacentes às violações dos direitos humanos são o resultado de um contexto comum: as práticas do governo Fujimori de fixar a qualquer custo as ondas de violência, qualificadas pelo Estado peruano como atos de terrorismo e traição¹⁹. Essas questões jurídicas são semelhantes, em particular, às

¹⁷ Para uma análise, cf. LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel. As “mutações convencionais?” do acesso à Justiça Internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: VAL, Eduardo Manuel; BONILLA, Haideer Miranda (org.). *Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção I*. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 83-108. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c7yrg601/lcnv2140/Nm40SIV1Hk28X37.pdf>.

¹⁸ Trinidad e Tobago denunciou a jurisdição contenciosa da Corte IDH em 26 de maio de 1998, depois de ter sido condenado pela em alguns casos relacionados com a aplicação da pena de morte. Não obstante, a Corte IDH manteve a competência para julgar os casos até a entrada em vigor da denúncia (Hilaire de 2001, Benjamin y otros de 2001, Constantine e outros de 2001).

¹⁹ Sobre uma espécie de “história não escrita” a respeito do ciclo de casos peruanos contra as arbitrariedades del regime fujimorista, cf. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *O exercício da função judicial internacional: memórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 70.

violações do acesso à justiça, do princípio do juiz natural, do princípio do devido processo e da garantia de protecção judicial.

Há uma negligência no cumprimento da sentença em bloco. Em 2001, o próprio Tribunal emitiu um documento único de supervisão para os seguintes cinco casos relacionados contra o Estado peruano: Castillo Paez (1997), Loayza Tamayo (1997), Castillo Petruzzi e outros (1999), Ivcher Bronstein (2001), Tribunal Constitucional (2001). Além do mais, esses e outros casos revelam sem dúvidas os problemas generalizados no Perú, típicos dos anos 90 e 2000, em particular em relação ao devido processo legal, como no caso Barrios Altos (2001), Cantoral Benavides (2001), Trabajadores cesados del Congreso (2006), La Cantuta (2006) e a prisão de Miguel Castro Castro (2006)²⁰.

Estamos perante uma conclusão óbvia: em contraste com os anos 80, os anos 90 testemunharam-se uma série de casos que revelam uma jurisprudência muito mais ativista ou interveniente na soberania dos Estados. No entanto, é verdade que esta intervenção não foi tão óbvia, pois os casos Loayza Tamayo (1997), Castillo Petruzzi et al. (1999), Tribunal Constitucional (2001) e Barrios Altos (2001) mostram exatamente o que significa o acesso à justiça internacional. O caso do Tribunal Constitucional (2001) avança para uma postura intervencionista e ativista. Como Presidente, Cañado Trindade, sem um pedido da Comissão Interamericana, vem a conhecer o pedido dos magistrados do Tribunal Constitucional do Peru, pois é competente para conhecer, ex officio, medidas provisórias em virtude das graves violações neste caso. O caso Barrios Altos é responsável por consagrar o conteúdo legal do controle de convencionalidade.²¹⁻²²

No caso **Loayza Tamayo versus Perú (1997)**²³, o Tribunal condenou o Estado por violar os seguintes direitos da CADH: a obrigação de proteger os direitos (art. 1.1), o direito à integridade pessoal (art. 5), direito à liberdade pessoal (art. 7), garantias judiciais (art. 8), tutela judicial (art. 25) e desrespeito com as recomendações da CIDH (art. 51.2).

María Elena Loayza Tamayo, professora peruana na Universidade de San Martín de Porres, foi detida juntamente com o seu irmão, Ladislao Alberto Huamán-Loayza, por mem-

²⁰ Para uma análise profunda dos casos peruanos, cf. BOLUARTE, Krupskaya Rosa Luz Ugarte. *La responsabilidad internacional del estado peruano por violación de obligaciones de protección de derechos humanos*. Madrid: Tesis Universidad Carlos III, 2015.

²¹ Sobre essa responsabilidade adicional ou agravada devido ao regime autónomo e o carácter vinculante das medidas provisionais, Cf. CAÑADO TRINDADE, Antonio Augusto. *O exercício da função judicial internacional: memórias da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 47-52. Comprove a reiteração do posicionamento em uma entrevista: <https://www.youtube.com/watch?v=-FQgidgLSU&list=PLYR-Q2FHlspSZynNcU2LIQeYuAdVnSvVUm>.

²² Há outras opiniões consultivas e casos contenciosos relevantes. A OC-14/94 envolve o controle de convencionalidade, como se discutiu anteriormente. O caso de Mack Chang contra Guatemala, no voto do juiz Sérgio García Ramírez, cunha o termo. O caso Barrios Altos verifica a compatibilidade entre a lei de anistia com a CADH de forma pioneira. O caso Almonacid Arellanos vs. Chile (2006) aplica o controle de convencionalidade, com este termo, enquanto Corte IDH.

²³ Todos os casos do ciclo peruano estão disponíveis em: <http://www.corteidh.or.cr/>.

bros da Divisão Nacional Anti-Terrorista “DINCOTE” da Polícia Nacional Peruana. O Estado peruano, sem observar o procedimento de verificação da lei e dos regulamentos indicados, decretou a detenção sem um mandado emitido por uma autoridade judicial competente, alegando que ambos eram colaboradores do grupo guerrilheiro Sendero Luminoso (Sendero Sendero Luminoso). As vítimas permaneceram sem comunicação durante 10 dias, sendo sujeitas a tortura, tratamento cruel e degradante e coerção ilegal; a respeito disso, houve sinais de tortura, asfixia, afogamento e violência sexual.

Em março de 1993, os acusados foram condenados por juízes militares “sem rosto” do Tribunal Especial da Marinha. Os juízes “sem rosto” são juízes que tomam decisões com o rosto coberto, encapuzado. Não revelaram a sua identidade aos arguidos. Posteriormente, o Tribunal Marcial Especial da Marinha condenou-os pelos mesmos atos. Entre as sentenças, Maria Hermaneceu na prisão. Nos tribunais comuns, foi também julgada pelo crime de terrorismo. Houve uma violação das garantias de processo justo e de protecção judicial dos artigos 8º e 25º das partes, bem como do princípio *non bis in idem*, do artigo 8º da CADH.

Além de reconhecer a violação destes direitos e dos artigos 5, 7 e 51 da CADH, o Tribunal determinou que o Estado deveria adoptar medidas de restituição, medidas compensatórias de compensação e outras formas de reparação, tais como a reintegração da Sra. María Elena Loayza Tamayo no seu serviço como professora em instituições públicas com o seu salário e outros benefícios, pagamento de reforma e compensação de 167.000 dólares. Determinou também que o Estado tome as medidas necessárias para cumprir os Decretos-Lei n. 25475 (crime de terrorismo) e n. 25659 (crime de traição), porque a aplicação de leis que violam os direitos humanos pode incorrer em responsabilidade internacional nos moldes da OC-14/94.

Este caso é relevante para descrever não só o ciclo dos casos peruanos, mas também para forjar o conceito de acesso à justiça utilizado sistematicamente na jurisprudência, em relação às garantias judiciais (art. 8º da CADH) à protecção judicial (art. 25º da CADH) e à obrigação de respeitar os direitos (art. 1º da CADH) através da existência de recursos jurisdicionais efetivos (art. 2º). De facto, houve um acesso directo ao Tribunal da CIDH que descrevemos como uma “mutação convencional”, ou seja, um processo informal de mudança da CIDH²⁴. Ademais, no contexto da reparação de custas, a Corte IDH problematizou os danos causados à vida, à integridade física e moral, assim como ao Projeto de Vida²⁵ da Sra.

²⁴ O conceito é análogo ao de mutação constitucional, como um processo informal de mudança da norma sem alteração do texto, desencadeada por diversos fatores (legislativo, jurisprudencial, consuetudinário e cultural). Cf. JELLINEK, G. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Traducción de Christian Féster. Revisão de Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 5-91. Entre nós, cf. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986 e BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 122 e ss.

²⁵ A Corte IDH se considerou incapaz de valorar o dano e a reparação necessária, mas considerou pertinente a indenização por danos morais. No mesmo sentido, em um voto apartado, Cançado Trindade destacou a relação íntima entre o projeto de vida e a liberdade.

Loayza Tamayo, reconhecendo as formas e diversas medidas de restituição e indenização de tais danos de uma maneira mais ampla que nos anos anteriores.

No caso **Corte Constitucional versus Peru (2001)**, o Tribunal da CIDH condenou o Estado por retirar os juizes do Tribunal Constitucional, violando a obrigação de respeitar direitos (art. 1), a obrigação de adoptar garantias jurisdicionais efectivas (art. 2), garantias judiciais (art. 8.1 e 8.2. b), direitos políticos (23.1. c), protecção judicial (art. 25.1.), da CADH, em detrimento de Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry e Delia Revoredo Marsano - todos juizes do Tribunal Constitucional do Peru.

O pano de fundo do caso é político. Em 1992, o Presidente Fujimori dissolveu o Congresso e demitiu vários juizes do Supremo Tribunal pela sua decisão de se oporem à sua tentativa de se reeleger para um terceiro mandato através da “lei interpretativa”, que, de acordo com o Tribunal peruano, violou o Artigo 112 da Constituição peruana.

Em 2000, a CIDH concedeu medidas provisórias para proteger a integridade física, psicológica e moral dos juizes. O Presidente do Tribunal da CIDH, Caçado Trindade, chegou ao ponto de deferir o pedido. Apesar da eventual retirada do Peru do Tribunal, e portanto do tratado de direitos humanos, a Corte IDH emitiu o sentença, nos termos do artigo 27 do seu Regulamento de Processo. Foi então considerado que a retirada do tratado não poderia ter efeito imediato.

Neste caso, o procedimento de cassação dos juizes ao abrigo da Constituição peruana não pode ser utilizado para controlar a jurisdição constitucional, nem para exercer pressão sobre a mesma. Houve uma interferência ilegítima na função dos juizes. O Congresso violou a “imparcialidade subjectiva” dos juizes, violando tanto as garantias judiciais para o seu afastamento pelo mero exercício da função jurisdicional (art. 8º), como os artigos 2º e 25º, uma vez que os recursos internos eram inexistentes e ineficazes contra o afastamento de juizes com base no facto de se tratar de um processo político.

No caso **Barrios Altos vs. Perú (2001)** a Corte IDH reconheceu a responsabilidade internacional do Estado pelo massacre que ocorreu no bairro conhecido como “Barrios Altos” na cidade de Lima. Seis indivíduos armados em carros com sirenes invadiram uma propriedade e dispararam, matando quinze pessoas e ferindo outras quatro. Os membros deste grupo, chamado grupo Colina, era composto por pessoal do exército peruano que atuava como um “esquadrão da morte” para eliminar os opositores do governo.

A CIDH reconheceu a violação da obrigação de respeitar direitos tais como (art. 1.1 e 2), o direito à vida (art. 4), o direito à integridade pessoal (art. 5), o direito de procurar e receber informação (art. 13), bem como garantias judiciais (art. 8) e protecção judicial (art. 25). Note-se que a decisão registou que as leis de anistia impediram a investigação, a acusação, a captura, a apresentação e a punição dos responsáveis pelos acontecimentos ocorridos em

Barrios Altos, a partir dos quais se pode concluir pela incompatibilidade das leis de anistia referidas no parágrafo 44 da sentença: leis desse tipo “não têm efeito legal”.

Em primeiro lugar, esse é o *caso principal* da Corte IDH, e talvez a primeira vez que um tribunal internacional não só determina a obrigação de um Estado compensar, mas também que a própria CIDH invalida uma lei. Barrios Altos (2001) pode ser considerado uma espécie de “Marbury v. Madison” (1803) do sistema interamericano de direitos humanos. É a decisão responsável pela consolidação da medição da compatibilidade entre as leis nacionais e a CADH²⁶. Foi estabelecida uma relação hierárquica entre a CADH e o direito interno na sua jurisdição litigiosa. Esta não é uma simples obrigação de resolver, como previsto no artigo 27 do CVDT, onde nenhuma lei nacional pode ser invocada para obrigações indevidas assumidas a nível internacional.

Em segundo lugar, o Tribunal da CIDH declarou pela primeira vez que as leis de amnistia incompatíveis com a CADH “não têm efeito legal”. Barrios Altos consolida assim a impossibilidade de a legislação do Estado não permitir o acesso à justiça (art. 8 e 25) e as obrigações de respeitar os direitos (art. 1 e 2). O acima referido, a fim de ser representativo, num dado momento, da dimensão formal do acesso à justiça, bem como da possibilidade de pensar o acesso à justiça em termos substantivos, como o “Direito a ter direitos” através da responsabilidade agravada em casos de massacres.

Em terceiro lugar, inaugura, mesmo sem utilizar expressamente o termo “controle de convencionalidade”, para verificar a compatibilidade da legislação nacional com a CADH. A expressão, porém, só apareceria pela primeira vez no parecer separado do Juiz Sergio García Ramírez nos processos Mack Chang v. Guatemala (2003) e Tibi v. Equador (2004) e, devidamente na sentença da Corte IDH, no processo Almonacid Arellanos v. Chile (2006), referindo-se à lei de anistia chilena.²⁷

Barrios Altos, portanto, é um ponto de viragem na jurisprudência. É o caso de transição/consolidação entre uma antiga e uma nova corte, ou como preferimos dizer, entre a “Corte” Nikken e a “Corte” Cançado Trindade. O magistrado não exagera em seu voto, quando diz que a sentença tem “transcendência histórica” e o carácter representativo de uma nova perspectiva do Tribunal da CIDH”. É importante dar especial ênfase a essa sentença

²⁶ Marbury v. Madison, 5 U.S. 1 Cranch 137 (1803).

²⁷ Posteriormente, esse controle difuso de convencionalidade se desenvolve no caso Boyce y otros vs. Barbados (2007) e, mais recentemente, em García y Montiel Flores vs. México (2010) e Gelman vs. Uruguay (2011) e na OC-21/14. Sobre o tema, Cf. PORTO, Humberto A. Sierra; NASH, Claudio. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 7: control de convencionalidad*. San José: Tribunal de IDH, 2015; VAL, Eduardo Manuel; GOMES, Evandro Pereira Guimarães Ferreira; RAMIREZ, Shri Dang. Corte Interamericana de derechos humanos e tribunais brasileiros no controle difuso de convencionalidade: In: LEGALE, Siddharta; VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida. (Org.). *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, v. 1, p. 178-202.

da Corte IDH, dado que o caso já foi apresentado no ponto 4.4 desse capítulo, registrando apenas, em particular, o famoso parágrafo 44:

“44. Como consecuencia de la incompatibilidad manifiesta entre las leyes de auto amnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las leyes antes mencionadas carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la Investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y castigo de los responsables, ni tener igual al impacto similar respecto de otros casos de franqueo de los derechos consagrados en la Convención Americana ocurrieron en Perú “ (realce añadido y traducción libre)

Vale a pena destacar dois pontos muito relevantes: a análise da compatibilidade com a CADH e a retirada dos efeitos legais da lei de amnistia peruana que “carecem de efeitos legais”. O parágrafo significa a elevação hierárquica da CADH e a realização - mesmo sem usar dizer o nome - do controle da convencionalidade da lei de amnistia peruana, porque consolidou o acesso aos direitos e respeitou a obrigação geral de proteger os direitos (art. 1.1). O dever de proporcionar um recurso interno eficaz (art. 2). Deve haver acesso ao sistema judicial nacional e à justiça internacional, como forma de promover o acesso à justiça, uma espécie de direito à lei. A CIDH tem preservado a integridade da jurisdição nacional e internacional.

A mudança de paradigma em relação ao direito internacional clássico representada por esta decisão torna-se ainda mais evidente através do contraste com o significado do art. 27 da CVDT, que estabelece que o Estado não pode invocar o direito interno para o direito internacional. A disposição da CVDT impõe uma mera obrigação de resultado. Não é importante como obter a ausência de antinomia para os fins da CVDT: o Estado pode invocar a supremacia do direito internacional ou simplesmente alterar a sua lei para evitar a antinomia. Não importa, desde que o Estado não invoque o direito interno para cumprir o direito internacional.²⁸

A intensa mudança de paradigma em relação ao direito internacional clássico deve-se ao caso de *Barrios Altos v. Peru* (2001). A obrigação de proteger os direitos, prevista no artigo 1 e 2 da CIDH, deixa de ser uma mera obrigação de resultados que está no plano de eficácia e um agradecimento inserido no plano de validade. Leis incompatíveis com a CADH “carecem de efeito legal”, ou seja, não são válidas. Deve sofrer um processo de “convencionalização”, que resultará, por um lado, na invalidade das leis incompatíveis e, por outro, no dumping do significado da CADH com as interpretações do Tribunal da CIDH na legislação nacional.

²⁸ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Observância dos tratados: Art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). In: TUFFI, Saliba Aziz (Org.). *Direito dos Tratados: Comentários à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969)*. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 191-198.

A partir daí, a CADH será vista como um mero conjunto de valores e normas axiológicamente superiores de um *corpus juris* a ser visto como um parâmetro de validade no qual existem normas vinculativas de Direito Internacional, normas de *jus cogens*.

A CADH vem a ser vista como um instrumento que operará uma resignificação pela doutrina como *Corpus Juris* Interamericano e, subsequentemente, pela jurisprudência do Tribunal da CIDH, como foi convencionalmente chamado, no caso de Cabrera García e Montiel Flores (2010).

4. O ciclo de casos colombianos e os de massacres

Os casos colombianos são responsáveis por dar sentido e direcção a esta mutação convencional do “Tribunal” Pedro Nikken para o “Tribunal” Caçado Trindade, a CADH como um Tratado Constitucional. Mais precisamente, os casos colombianos começam a prestar atenção à violência contra crianças, mulheres, povos indígenas e a população camponesa. Las Palmeras (2001), Mairipán (2005), Pueblo Bello (2006) e Ituango (2006) são sem dúvida o resultado de conflitos entre guerrilheiros e grupos paramilitares onde o Estado omitiu a sua responsabilidade. As sentenças do Tribunal da CIDH, nestes casos, terão como objectivo não só invalidar as leis, mas também exigir políticas públicas, compensações e reparações que protejam e façam respeitar os direitos dos grupos tornados vulneráveis pelas políticas nefastas do Estado.

Os massacres e as graves violações de direitos humanos que tiveram lugar constituem uma verdadeira guerra civil. O próprio Tribunal Constitucional Colombiano reconheceu que existe um “estado de coisas inconstitucional”, ou seja, a violação maciça e sistemática dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, a omissão persistente por parte do Estado, e uma disputa estrutural, um termo que designa uma infracção macro que requer coordenação interinstitucional para alcançar soluções para problemas complexos e graves²⁹. O governo tentou alcançar um novo acordo de paz com as FARC em 2016 por meio de um plebiscito. Mas ainda é difícil pôr fim ao conflito.³⁰

No caso **Masacre de Mairipán contra Colombia (2005)**, a Corte Interamericana reconheceu a violação do direito à vida (art. 4), o direito à integridade pessoal (art. 5), o direito à liberdade pessoal dos habitantes da cidade de Mairipán (art. 7), os direitos das crianças (art. 19), a liberdade de circulação (art. 22), assim como a violação das garantias judiciais (art. 8), a protecção judicial (art. 25) e o dever de proteger os direitos (art. 1.1) das vítimas e suas famílias de cerca de 49 pessoas privadas da sua vida pela AUC (Forças Unidas

²⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Juspodvum, 2016. E a dissertação de mestrado, sob a orientação de José Ribas Vieira, de BEZZERRA, Rafael. *Direitos para além da sala do Tribunal – um estudo de caso comparado entre o Brasil e a Colômbia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

³⁰ ESTRADA, Mayra Alejandra Córdoba. *Análisis de la legitimidad del acuerdo final para la paz en Colombia*. Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado em Teoria do Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2019.

de Auto-Defesa da Colômbia). 8), proteção judicial (art. 25) e o dever de proteger os direitos (art. 1.1) das vítimas e suas famílias de cerca de 49 pessoas privadas da sua vida pela AUC (Autodefesa Unida de Colombia), e os seus restos mortais foram lançados no rio Guaviare, no município de Mapiripán, Colômbia. Os paramilitares da AUC atuaram com a cooperação e colaboração das forças do Estado.

O tribunal da CIDH passou a reconhecer as violações dos direitos da Criança (art. 19º em relação a outras disposições da CIDH). O Tribunal considerou que havia provas suficientes da violação à custa de Hugo Fernando e Diego Armando Martinez Contreras, porque os dois menores foram forçados a abandonar o local devido à insegurança. Acrescentou que existem relatos de testemunhas que apontam para a execução de crianças com apenas alguns meses de idade³¹.

Relativamente ao direito de circulação e residência (art. 22.1 da CIDH), a CIDH reconheceu que a deslocamento forçado está ligada nesta hipótese a violações dos direitos à vida, à integridade pessoal e aos direitos da criança. Os representantes das vítimas estimaram que o conflito reduziu a população da cidade de Mapiripán de 3.000 pessoas para 136 famílias. A grande maioria foi forçada a mover-se devido à insegurança e ao medo de serem mortos. Em contraste, o Estado argumentou que levou a cabo um plano para servir a população deslocada.

A Corte IDH decidiu que o fracasso do Estado em garantir este direito, que desencadeou uma série de violações maciças e sistemáticas dos direitos humanos, teve numerosas repercussões negativas resultantes deste deslocamento forçado, tais como perda de terras, marginalização, desemprego, perda de qualidade de vida, doenças, etc. Este foi o contexto que levou o Tribunal Constitucional Colombiano, especialmente no T-25, a reconhecer a existência de um “estado de coisas inconstitucional”.

Relativamente aos direitos às garantias judiciais (art. 8º) e à protecção judicial (art. 25º), a Corte IDH considerou a afirmação da CIDH de que das 200 pessoas envolvidas no massacre, apenas 15 estavam ligadas à investigação, 8 foram convocadas, 7 foram condenadas. Em virtude da medida de segurança, 2 beneficiaram da preclusão e 3 foram libertados. Os outros permaneceram na fase de investigação preliminar durante 8 anos.

A Corte IDH concluiu que estes direitos tinham sido violados, porque uma operação desta magnitude não poderia ter passado despercebida pelos comandos das forças armadas, sem uma série de acções concatenadas para evitar a condenação dos paramilitares, que agiram em nome dos paramilitares, que agiram em nome dos paramilitares, que agiram em nome de um sistema de justiça privado contra grupos considerados subversivos pelo próprio Estado.

³¹ Confira-se os art. 6, 37, 38 e 39 da Convenção sobre os Direitos da criança.

Ao determinar as formas de reparação, considerou os danos materiais e intangíveis, bem como o pagamento de custos e despesas com o processo. Assim, os deveres do Estado foram estabelecidos: (i) Investigar e punir os responsáveis; (ii) Identificar as vítimas executadas e desaparecidas dentro de um prazo razoável; (iii) Criar um mecanismo oficial com a participação de representantes para cumprir as determinações; (iv) Prestar assistência médica às vítimas; (v) Assegurar que a população deslocada possa regressar e viver em segurança no Mampiripán; (vi) Construir um monumento em homenagem à população massacrada; (vii) Implementar um programa de educação para os direitos humanos nas forças armadas; (viii) Publicar a sentença no Diário da República e noutro jornal de circulação nacional; (ix) Pagar os danos materiais e intangíveis estabelecidos; (x) Pagar os custos e despesas do processo.

No caso **Pueblo Bello vs. Colombia (2006)**, ocorreu um novo e bárbaro massacre em detrimento dos habitantes do município de Pueblo Bello. A Corte IDH reconheceu as violações dos direitos à vida (art. 4), o direito à integridade pessoal (art. 5), a liberdade pessoal (art. 7), a liberdade de expressão (art. 13), os direitos da criança (art. 19) e a obrigação de respeitar os direitos (art. 1.1), bem como as garantias judiciais (art. 8) e a protecção judicial (art. 25), protegidas pela CADH.

A Corte IDH descobriu que 37 pessoas desapareceram e seis camponeses foram mortos por civis e militares agindo em nome de um “sistema de justiça privada” coordenado por grupos paramilitares. Após quinze anos, apenas 6 casos foram esclarecidos. Dos 60 investigados, apenas 10 foram julgados e condenados, e apenas 3 ainda se encontravam na prisão na altura desta sentença.

A Corte IDH reconheceu como provada a invasão da comunidade de Pueblo Bello pelo grupo liderado por Fiel Castaño, supostamente como retaliação pelo roubo de gado da quinta “Las Tangas” e cooperação com a acção de guerrilha na sua propriedade. Os suspeitos foram levados de suas casas, amarrados e atirados para dentro do camião. Transportados para o rio Sinú, onde foram interrogados, torturados e espancados até à morte. Quando revistado pelos familiares das vítimas, o Estado relatou que nenhum veículo tinha excedido o bloqueio militar na cidade. Poucos dias após o atentado, o Estado veio enviar pessoal militar para pagar alguns pesos aos familiares das pessoas desaparecidas. Muitas famílias, porém, não foram compensadas e continuam no mesmo cenário.

Vale a pena chamar a atenção para o ponto das reparações, quando o Tribunal tiver avaliado as petições das partes e da CIDH e tiver decidido condenar o Estado não só ao pagamento de somas de dinheiro como reparação material e intangível. Considerou a situação altamente vulnerável em que se encontravam as crianças das vítimas e a população de Pueblo Bello, razão pela qual determinou uma série de medidas não pecuniárias de reparação, tais como a construção de um memorial em honra das vítimas, o reconhecimento público

da responsabilidade pelos factos, a procura de desaparecimentos, a protecção daqueles que desejam regressar às suas casas.

No caso **Ituango vs Colombia (2006)**, outro massacre, desta vez no Município de Ituango, grupos paramilitares ou pertencentes à AUC realizaram retiros, actos de violação e assassinios contra residentes por alegada colaboração com a guerrilha das FARC. A Corte IDH considerou, em termos gerais, que houve “omissão, aquiescência e colaboração” por parte das forças armadas e outros elementos ligados às forças do Estado. Considerou o Estado internacionalmente responsável pelos acontecimentos acima descritos, bem como pela sua incapacidade institucional de proporcionar um acesso efectivo à justiça às vítimas e suas famílias, e por não agir com a devida diligência no processo penal dos perpetradores. O próprio governo estimou que, entre 1995 e 2002, foram registadas 985.121 pessoas deslocadas.

A Corte IDH declarou a responsabilidade internacional do Estado pela violação do direito à vida (art. 4), o direito à integridade pessoal (art. 5), a proibição da escravatura (art. 6.2), o direito à liberdade pessoal (art. 7), a proibição de interferência arbitrária e abusiva na vida privada dos habitantes de El Aro (art. 6.3). 11), o direito das crianças (art. 19), o direito à propriedade privada (art. 21), o direito de circulação e residência das pessoas deslocadas de El Aro e La Granja (art. 22), e a protecção dos direitos da CADH (art. 1.1) e as garantias judiciais e protecção judicial essenciais para o acesso à justiça (arts. 8 e 25).

Relativamente à violação da proibição de trabalho escravo e da servidão em relação à liberdade pessoal (art. 6 e 7), a Corte IDH reconheceu os crimes cometidos, por exemplo, contra o Sr. Jairo Sepúlveda, Marco Aurelio Areiza e Rosa Areiza pelo fato de os paramilitares terem forçado outros paramilitares residentes a conduzir cerca de 1.000 cabeças de gado durante aproximadamente 17 dias. Isto significa uma privação de liberdade e trabalho forçado de pessoas. Sobre este ponto, a argumentação da Corte IDH é particularmente criativa, porque considera a CADH um instrumento vivo, expandindo e definindo melhor o conceito de trabalho escravo, presente no art. 6 das convenções da OIT, através de uma interpretação evolutiva apoiada pelo art. 29 da CVDT.³²

Relativamente à violação dos direitos da Criança (art. 19), a Corte IDH reconheceu a violação dos direitos de Wilmar de Jesús Restrepo Torres, de 14 anos de idade, mas também de outras crianças que testemunharam a cena ou foram forçadas a abandonar o local por causa deles.

Relativamente à violação do direito de circulação e residência (art. 22º), a Corte IDH ouviu dos representantes das vítimas que cerca de 724 pessoas foram forçadas a deixar a sua residência em Ituango. Apesar da afirmação do Estado de que os fatos não foram provados, destacou a responsabilidade do Estado no meio desta situação de pessoas em

³² Ver especialmente arte. 21 do Convênio núm. 29 da OIT.

estado de vulnerabilidade, uma vez que deveria proporcionar o mínimo necessário para a sua sobrevivência, tais como abrigo, produtos de higiene, alimentos, entre outros. Neste ponto, é interessante notar que a Corte IDH cita e reflecte sobre a posição do Tribunal Constitucional Colombiano, referindo-se às medidas adoptadas para mitigar os efeitos do conflito armado no país, tais como a deslocação forçada. Estas decisões reconheceram o “estado de coisas inconstitucional” e as circunstâncias de violação constante dos direitos fundamentais a que estas pessoas estão sujeitas. Mesmo assim, isto não isenta o Estado da sua responsabilidade internacional. Considerou o Estado culpado de violar a obrigação de respeitar os direitos (art. 1.1) e os direitos de circulação e residência (art. 22).

Relativamente às garantias judiciais (art. 8º) e à protecção judicial (art. 25º), a Corte IDH alegou que, após 9 anos de acontecimentos, o Estado não tinha tomado qualquer medida eficaz em relação ao esclarecimento e condenação dos factos; houve negligência do Estado nas fases processuais, o menor número de pessoas investigadas em comparação com as envolvidas nos crimes e a falta de predisposição para resolver o problema.

A Corte IDH, após ter estabelecido que a sentença é uma forma de reparação em e por si mesma, estabeleceu que o Estado deve: (i) Tomar medidas para promover a justiça no caso; (ii) Prestar assistência médica às vítimas; (iii) Garantir a segurança das regiões de El Aro e La Granja para que as pessoas deslocadas regressem; (iv) Realizar um ato de reconhecimento público na presença de altas autoridades do Estado; (v) Criar um programa de alojamento para as vítimas sobreviventes; (vi) Fixar uma placa em memória de El Aro e La Granja; (vii) Adotar, num prazo razoável, programas de educação sobre direitos humanos nas forças armadas do Estado; (ix) Publicar, num prazo de 6 meses, a secção sobre os fatos comprovados no seu jornal oficial e em outro jornal de circulação nacional; (x) Pagar a compensação estabelecida, bem como os custos e despesas.

Finalmente, vale a pena chamar a atenção para alguns aspectos, decisões, fundações e elementos presentes de forma transversal no ciclo de decisões colombianas, que revelam uma Corte que mantém uma posição interveniente sobre a soberania, ou se torna mais activista, mesmo em comparação com a Corte IDH dos anos 90 e 2000 no ciclo de processos peruanos. Esta postura é confirmada em qualquer ângulo a partir de questões como o diálogo com o poder judicial nacional, a forma de compreender a CADH, a forma de recolher provas ou condenações nos pontos resolutivos para os poderes executivo e legislativo para criar políticas públicas.

Em primeiro lugar, a forma mais directa é notada quando o tribunal se dirige ao sistema judicial colombiano. Há numerosas citações sobre as decisões do Tribunal Constitucional colombiano, especialmente T-25 que se refere ao deslocamento forçado de pessoas. A citação parece apoiar uma posição mais interveniente do tribunal na responsabilização internacional do Estado. Outro elemento deste diálogo, embora já presente de alguma forma nos ciclos de processos peruanos, é a declaração da invalidade do julgamento civil por

tribunais militares. No processo Pueblo Bello (2006), a Corte IDH chegou ao ponto de invalidar o julgamento de certos crimes relacionados com os massacres, que envolvem graves violações dos direitos humanos por parte do sistema de justiça militar.

Em segundo lugar, no caso Ituango (2006), o significado do art. 6 da CADH foi complementado pelas Convenções da OIT onde a Corte IDH deu força a construir o significado contemporâneo de trabalho escravo e forçado, considerando a CADH um instrumento vivo e, na mesma linha do que já tinha sido decidido em Villagrán Morales et al. v. Guatemala (1999), também conhecido como “Crianças de Rua”. Relativamente a esta última, pode admitir-se que a normatividade da CADH pode ser dinamicamente complementada e ampliada através de uma interpretação de desenvolvimento progressivo (art. 26º da CADH).

Em terceiro lugar, a CIDH determinou a construção de políticas públicas pelo Estado, o que exigiria a concorrência entre os poderes executivo e legislativo. No caso de Pueblo Bello (2006) e Ituango (2006), por exemplo, o Tribunal ordenou ao Estado que implementasse um programa de educação sobre direitos humanos para as forças armadas. Nos mesmos casos, impôs também a construção de políticas públicas destinadas a garantir ou tranquilizar a segurança ou a compensar as populações deslocadas pelas suas casas, ou a construção de novas casas para aqueles que já não as tinham porque as suas casas tinham sido destruídas pelo conflito. É de notar neste ponto que a maioria dos grupos afectados eram vulneráveis ou em situação de profunda vulnerabilidade, tais como crianças, mulheres e a população camponesa.

Quarto, ao interpretar o ciclo de casos colombianos, a dicotomia entre vítimas autónomas ou directas de vítimas indirectas permanece clara, a fim de incluir familiares próximos, membros da comunidade, pessoas deslocadas à força, e mesmo populações indígenas. O caso Ituango é considerado o mais emblemático precisamente porque se trata de violações múltiplas que não são apenas individuais, exigindo reparações também de natureza coletiva.

Esta possibilidade de reparação para a comunidade está também naturalmente presente na jurisprudência do Tribunal da CIDH, sendo bastante evidente nos casos de populações indígenas que afirmam garantir o direito à consulta livre, prévia e informada face à constante afirmação dos seus direitos coletivos pelos Estados em relação, especialmente, aos seus territórios ancestrais.

Ao avaliar os casos sobre os massacres na Colômbia, é evidente que é dada mais atenção aos grupos vulneráveis: crianças, camponeses, mulheres, povos indígenas. Isto permite uma reflexão sobre o significado de tratar a CADH como um instrumento vivo, ou melhor, como uma Constituição habitual, tal como a Corte IDH começa a ser visto como um Tribunal Constitucional que se refere a valores substantivos e é responsável pela protecção de grupos vulneráveis através de políticas públicas que garantem os seus direitos.

5. O ciclo de casos brasileiros e a vulnerabilidade

Até junho de 2019, há 44 medidas provisórias (MP), 9 sentenças (S) e 9 supervisões de cumprimento de sentença (SC) que condenam o Estado brasileiro³³. Como as medidas provisórias pressupõem violações graves, risco de danos irreparáveis e urgência, propomos um conceito, paralelo e análogo ao estado de coisas inconstitucional da Colômbia: o estado de coisas não convencional.³⁴

Este conceito tem os seguintes requisitos: violação maciça dos direitos humanos, incumprimento persistente do Estado em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e uma disputa estrutural entre entidades estatais no plano horizontal de separação de poderes, e as verticais da Federação. Propõe-se que o diálogo com a CIDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos possa ajudar a resolver ou mitigar violações dramáticas de vários direitos humanos, tais como a vida, integridade física, integridade moral, saúde, etc., de grupos vulnerabilizados.

A primeira decisão tomada pela Corte CIDH em questão foi a medida provisória de 18 de Junho de 2002, em referência à rebelião e assassinatos ocorridos no Presídio Urso Branco, localizado em Porto Velho, Rondônia. A mais recente decisão litigiosa do tribunal da CIDH envolve rebeliões e mortes violentas de reclusos na Prisão do Curado, localizada em Recife, Pernambuco, a 18 de Novembro de 2015. Entre um e outro, há casos de violações graves e maciças dos direitos humanos de prisioneiros nas prisões (Urso branco, Araraquara, Curado, Pedrinhas), de reclusos hospitalizados em clínicas de repouso para deficientes mentais (Ximenes Lopes) e menores (FEBEM do Complexo do Tatuapé).

A Casa de Detenção José Mario Alves, conhecida como Prisão **Urso Branco**, foi objeto de 10 medidas provisórias pelo Tribunal em 2002, em favor dos reclusos. O episódio dramático inicial envolveu a transferência das “células de seguro” destinadas a crimes considerados imorais pelos outros reclusos - e as “células livres” - com alguma liberdade de movimento no Centro Penal. O deslocamento de reclusos das celas seguras para as celas da população prisional geral por decisão judicial e acabou por desencadear um “homicídio sistemático” de vários reclusos das “celas seguras”. As condições prisionais como um todo violavam os direitos humanos. A CIDH determinou que o Estado deveria retirar as armas da posse dos reclusos e investigar os acontecimentos que levaram à adoção de medidas provisórias. Nos anos seguintes, foram examinadas várias medidas provisionais, registrando-se violações dos direitos humanos, especialmente da vida e integridade, ou outras, devido à

³³ LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de (orgs). *Direitos humanos na prática interamericana: o Brasil nos casos da Comissão e da Corte Interamericana de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

³⁴ LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, David. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte IDH para o debate sobre o sistema penitenciário brasileiro. *Revista Publicum*, v. 2, n. 2, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/26042>.

superlotação, à necessidade de separar os detidos, e à responsabilidade criminal e administrativa das pessoas envolvidas.

No caso do **Complexo Penitenciário de Araraquara**, “Penitenciária Sebastião Martins Silveira”, situado no Estado de São Paulo (2006-2008), o Tribunal decidiu solicitar ao Estado a adoção de medidas para proteger a vida e a integridade física de todas as pessoas privadas de liberdade e das pessoas que entram na Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira. Determinou a adoção das medidas e cuidados necessários para evitar que os seus agentes utilizem força indevida no processo de recuperação e controle da penitenciária.

No caso do **complexo prisional de Pedrinhas**, situado no Maranhão (2014), a CIDH adiou uma medida provisória para proteger o direito à vida e à integridade física dos prisioneiros devido a rebeliões devidas a sobrelotação. Houve confrontos, decapitações, reféns, agressão e tortura contra prisioneiros por funcionários, a militarização da prisão devido à entrada da Força Nacional de Segurança Pública e a falta de cuidados médicos e alimentos para prisioneiros em geral e para os que sofrem de tuberculose, AIDS ou lepra. Havia falta de alimentos, água potável e materiais de higiene.

No caso do **complexo prisional Curado**, denominado “Professor Anibal Bruno”, situado na cidade do Recife em Pernambuco (2014-2015), a Corte determinou a obrigação do Estado de garantir o respeito pelos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade na referida prisão, tanto contra funcionários públicos como em relação a terceiros, salientando deficiências nas condições de segurança e controle interno.

No caso da **unidade de hospitalização socioeducativa (UNIS)**, destinada a crianças e adolescentes, localizada no município de Cariacica, no Estado do Espírito Santo (2011-2015), a Corte IDH reconheceu, através dos órgãos do próprio Estado, como o deputado do ES, o CNJ e a administração da própria UNIS, a falta de controle do Estado e as constantes violações dos direitos humanos no estabelecimento. Verificou também que não só a vida e a integridade física dos reclusos estavam em risco, mas também a dos funcionários e das pessoas que lá trabalhavam. Constatou que estavam preenchidos os requisitos necessários para a concessão de uma medida provisória e ordenou ao Estado que adoptasse as medidas necessárias para proteger a vida das crianças e adolescentes admitidos na UNIS; considerando que as medidas adoptadas devem ser acompanhadas por representantes e beneficiários a fim de reduzir a sobrelotação, prestar assistência médica e conter o uso excessivo da força por agentes do Estado contra menores. A CIDH adiou uma série de medidas provisórias, numa tentativa de regularizar a situação.

No caso do **complexo Tatuapé da Fundação do Bem-Estar Juvenil (FEBEM)**, posteriormente convertido na Fundação Casa, localizada no Estado de São Paulo (2005-2008), a CIDH adoptou medidas em relação à FEBEM criada em 1976 para tornar sociáveis, quer os menores quer os delinquentes, através de medidas sócio-educativas, que já contém 77 unidades com 6.800 crianças e adolescentes admitidos sob custódia do Estado.

O Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, localizado no complexo prisional de Geracino, no município do Rio de Janeiro, foi também alvo de medidas provisórias da CIDH em favor das vítimas, que se encontravam em violações maciças e repetidas dos direitos da CIDH. Entre outros problemas, existe sobrelotação prisional: em Janeiro de 2017, o estabelecimento tinha cerca de 3.454 pessoas, e o limite máximo de vagas seria de 1.699. Só em 2016, foram registadas cerca de 32 mortes³⁵.

O caso **Damião Ximenes Lopes vs Brasil**, em que figura a clínica de repouso Guararapes, localizada em Sobral, no Ceará (2006-2010), é o primeiro caso com uma sentença apropriada do tribunal da CIDH que condena o Brasil não somente a uma medida provisória³⁶. Damião foi admitido no Lar de Idosos Guararapes, localizado no município de Sobral, Ceará. Foi em 4 de Outubro de 1999, após 3 dias de hospitalização. Embora privado, o hospital tinha um acordo com o Sistema Único de Saúde (SUS). As agressões contra Damião começaram provavelmente quando ele estava tomando banho e, querendo ficar um pouco mais, foi afastado à força pelas enfermeiras, sob a afirmação de que tinha adotado uma postura violenta.

A sentença do tribunal da CIDH, neste caso, reconheceu a violação do direito à vida (art. 4 da CADH) e à integridade física (art. 5 da CADH) por Damião Ximenes Lopes, bem como o direito à integridade física e moral (art. 5 da CADH) e o direito às garantias e protecção judicial (art. 8 e 25 da CADH) dos seus familiares, tais como a sua mãe Albertina, a sua irmã Irene, o seu irmão Cosme e o seu pai, Francisco. Além disso, reconheceu como ilegal qualquer forma de exercício do poder público que limite os direitos reconhecidos na Convenção por acção ou omissão (art. 1.1 da CADH). Reconheceu a responsabilidade internacional do Estado, bem como o dever de compensar os danos materiais e intangíveis, e os custos e despesas dos danos.

No caso *Gomes Lund v. Brasil* (2010), a CIDH concluiu que o Estado era responsável por violações relacionadas com a “guerrilha Araguaia”. Estimou o desaparecimento forçado de 60 pessoas. O país foi também condenado por obstruir investigações, tendo em conta a aplicação da Lei de Amnistia, a qual, aplicando a jurisprudência do tribunal da CIDH nos casos Barrios Altos e Almonacid Arellanos acima referidos, foi também reconhecida como incompatível com a CADH e sem efeito legal. O controle destrutivo de convencionalidade foi conseguido através da invalidação da lei da anistia, mas também o controle construtivo do

³⁵ LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, David Pereira de. *O Estado de Coisas Inconvencional e o “Supercaso” brasileiro em assuntos penitenciários*. Disponível em: <<https://nidh.com.br/o-estado-de-coisas-inconvencional-e-o-supercaso-brasileiro-em-materia-penitenciaria/>>.

³⁶ BORGES, Nadine. *Damião Ximenes – A primeira sentença do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 25-66. Para uma contextualización más amplia del caso, que involucra los movimientos de lucha por la reforma del sistema psiquiátrico, Cf. AGUIAR, Marcus Pinto. *Acesso à justiça nos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 115 e ss.

convencionalidade para o Estado promulgar uma lei específica contra o desaparecimento forçado de pessoas.

Em um importante voto de competência, Roberto Caldas chegou a afirmar “5. *Para todos los estados del continente americano que la adoptaron libremente, la Convención equivaldría a una Constitución Supranacional sobre Derechos Humanos. Todas las autoridades públicas y las esferas nacionales, así como las respectivas leyes federales, estatales y municipales de todos los Estados adherentes están obligadas a respetar y adaptarse a ella.*” (realces añadidos)³⁷

Como se pode ver, o ciclo de casos brasileiros culmina com a conclusão da metamorfose da CADH numa Constituição Interamericana e da Corte Interamericana num tribunal constitucional. Existe uma confluência nos casos brasileiros de diferentes violações, por exemplo, desaparecimento forçado, pedidos de acesso à justiça, proteção de grupos vulneráveis, tais como pessoas privadas de liberdade, crianças, pessoas com deficiência mental, entre outros, tais como camponeses sem terra (sentença Garibaldi e Escher), povos indígenas (sentença Xucurú), moradores de “favela” que sofrem violência de genero (sentença Favela Nova Brasília) ou trabalhadores escravizados (sentença Hacienda Brasil Verde).

6. A corte idh como uma “corte” cançado trindade?

A Corte IDH não nasceu dotada dos poderes típicos da jurisdição constitucional, mas tornou-se um Tribunal Constitucional Transnacional através do trabalho especial da sua jurisprudência, sob a jurisdição do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade.

Em primeiro lugar, há o reforço histórico do Tribunal da CIDH através de um processo costumeiro e informal, revelado tanto no contencioso como na jurisdição consultiva. Vale a pena notar que o costume é uma fonte de direito internacional e a jurisprudência é um importante mecanismo auxiliar para o seu reconhecimento, de acordo com o Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ).

Em segundo lugar, houve uma expansão progressiva do acesso à justiça internacional e a participação efectiva dos Estados e indivíduos neste processo, o que fez da CADH um instrumento constitucional para limitar o poder do Estado. Houve um aumento do número de Estados que aceitaram expressamente a jurisdição contenciosa do Tribunal da CIDH e que conferem hierarquia constitucional ou supralegal à CADH. Tratados e convenções são instrumentos vivos, cujos significados são também dados através de interpretações institucionais que são consolidadas através de um processo cultural e consuetudinário que não é apenas revelado pela lei codificada nos Tratados.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha da Araguaia”) vs. Brasil. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. p. 122.

Em terceiro lugar, o paralelismo conceitual que confere à Corte IDH o status de Tribunal Constitucional transnacional é também possível num sentido moderno do Tribunal Constitucional, no qual assume a responsabilidade de também proteger e promover a Dignidade da pessoa humana de grupos vulneráveis através de um controle construtivo e destrutivo da convencionalidade.³⁸

A CADH deve ser entendida como um “instrumento vivo” em construção. Esta expressão foi consolidada na jurisprudência, sendo exaustiva, como, por exemplo, em OC-21/14 (Proteção das crianças em situação migratória) ou, nas sentenças *Mapiripán* (2005) e *Ituango vs Colômbia* (2006), é recordada em conjunto com a CADH e as Convenções de Genebra para proteger as vítimas de conflitos armados de natureza não internacional. Por esta razão, a CIDH também deve ser vista como uma instituição viva, o que é diferente à medida que a sua composição muda e o seu corpo de decisões avança.

Em quarto lugar, o controle da convencionalidade concentrado no tribunal da CIDH e o controle difuso da convencionalidade pelo órgão jurisdicional nacional, consolidando em última análise a verificação da compatibilidade entre a CADH como documento hierarquicamente superior e a legislação ou conduta do Estado. E é isso que os tribunais constitucionais fazem: verificar a compatibilidade e validade da legislação à luz de uma Constituição ou, no caso da Corte IDH, o possível conceito paralelo de “bloco de convencionalidade”, estabelecido no caso de *Cabrera García e Montiel Flores v. México* (2010).³⁹

Os casos *Mack Chang v. Guatemala* (2003), *Almonacid Arellanos v. Chile* (2006), *Cabrera García e Montiel Flores v. México* (2010) consolidaram, expandiram e/ou popularizaram o “controle da convencionalidade”. É verdade que a OC-14/94, já apresentada, tinha previsto a possibilidade de responsabilizar o Estado pela aplicação de leis que violam a CIDH. O caso de *Barrios Altos v. Peru* (2001), apresentado anteriormente, já tinha reconhecido que as leis de auto-amnistia carecem de efeitos legais, o que é a essência do controle da convencionalidade

O caso de *Cabrera García e Montiel Flores v. México* (2010) dá um novo nome a uma antiga base para o controle da convencionalidade: o tradicional *Corpus Juris* Interamericano, rotineiramente empregado no ciclo de casos peruanos e colombianos, é chamado o “bloco da convencionalidade”, formado por tratados de direitos humanos e pelas interpretações da Corte IDH em sentenças e pareceres consultivos.

Na sentença, a Corte IDH condenou o México por violar direitos como a integridade pessoal, garantias judiciais, liberdade, entre outros, contra o Sr. Teodoro Cabrera García e o Sr. Rodolfo Montiel Flores, a 26 de Novembro de 2010. Numa operação militar coordenada

³⁸ GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 196.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

pelo México, os Señores Cabrera García e Montiel Flores, que eran activistas en el campo de la protección del medio ambiente, habrían sido encontrados em posesión de armas de fuego y drogas. Alegadamente como retaliação, o exército realizou esta operação para combater o tráfico de droga, mas acabou por matar um dos membros da associação, que morreu de um ferimento de bala, e prender o Sr. Cabrera e o Sr. Montiel, sem ter em conta garantias fundamentais, tais como o controle oportuno da legalidade da prisão, a impossibilidade de sujeitar civis à jurisdição militar. Por esta razão, o México foi condenado à reparações pelos danos causados ao Sr. Cabrera e ao Sr. Montiel, que fizesse alterações legislativas, e que proporcionasse cursos de formação profissional aos seus funcionários públicos, com vista a garantir os direitos humanos e a torná-los conformes às disposições da Convenção.

O aspecto que requer maior atenção neste caso, porém, é mais o raciocínio da Corte IDH sobre os factos ou a condenação da violação de direitos. Na argumentação, houve um diálogo mais intenso com as decisões de vários tribunais constitucionais, tais como a Costa Rica, Bolívia, Argentina e Peru. Esta tem sido uma tendência em decisões mais recentes, tais como *Gomes Lund v. Brasil* e *Gelman v. Uruguai*. Foram citadas decisões da Corte IDH, tais como *Rosendo Cantu v. México*, *Radilla Pacheco v. México*, *Trabajadores despedidos del Congreso v. Peru*, *Barrios Altos v. Peru* (2001) e *Almonacid Arellano v. Chile* (2006), que determinaram o dever do poder judiciário nacional de levar a cabo o controle difuso do carácter convencional sobre a compatibilidade do direito interno com a CADH.

A propósito, vale a pena notar o interessante voto do então juiz ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor no caso *Cabrera García e Montiel Flores et al. v. México* (2010), chamando a atenção para o fato de que isso transforma cada juiz nacional num juiz interamericano, responsável por levar a cabo um controle difuso da convencionalidade entre a legislação nacional e um “bloco de convencionalidade”. Este bloco de convencionalidade seria integrado não só pela CADH, mas por todo um *Corpus Juris* interamericano, tais como os protocolos adicionais à CADH, os tratados de direitos humanos e as interpretações do Tribunal Interamericano com vista ao princípio *Pro Persona* ou a norma mais favorável ao indivíduo. Neste processo, salientou a importância de ter uma “interação viva” entre as autoridades nacionais e a jurisprudência consultiva e contenciosa da CIDH para estabelecer gradualmente padrões mais elevados de protecção efectiva dos direitos humanos através deste “bloco de constitucionalidade”, que serve como ponto de partida para o controle difuso da constitucionalidade convencional.

No caso *Gelman v. Uruguai* (2011), o Tribunal da CIDH condenou o Estado uruguaio por violação dos artigos 8(1) e 25(1) em relação aos artigos 1(1) e 2 da CADH e aos artigos I. b e IV da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, por não investigar, julgar e punir os culpados, em detrimento de Juan Gelman e María Macarena Gelman García. A Corte IDH determinou o dever do Estado de cumprir a lei na expiração da pretensão punitiva do Estado para que deixe de ser um obstáculo à resolução das violações

cometidas, bem como à implementação de um programa de direitos humanos. Os agentes do Ministério Público e os juízes do Poder Judiciário do Uruguai podem levar a cabo o controle de convencionalidade do ofício.

7. Consideraciones finais

A conclusão lógica só pode ser que a CADH passou por três momentos: como um tratado clássico, depois consolidado como um *corpus juris* interamericano e, finalmente, como uma Constituição Interamericana, sob e após a transformação da Corte IDH numa verdadeira “Corte” Cançado Trindade.

Essa Corte IDH começou a comportar-se como uma espécie de tribunal constitucional transnacional, responsável pelo exercício de um controle concentrado do convencionalidade, da ideia de normas e da exigência de políticas públicas que defendam o acesso à justiça e a protecção dos grupos vulneráveis.⁴⁰

Há se empregado varios termos para definir a CADH como instrumento de controle: *Corpus Juris* interamericano, bloqueio de convencionalidade, constituição supranacional de direitos humanos,⁴¹ *Ius Comune Constitutionale*⁴² ou simplesmente um instrumento vivo, dinâmico e evolutivo, que é um parâmetro válido para a legislação e a acção do Estado, como indicado, por exemplo, nos casos de Villagrán Morales v. Guatemala (1999), Pueblo Bello v. Colômbia (2006), Ituango v. Colômbia (2006), Cabrera García Maciel v. México (2010) e Gomes Lund v. Brasil (2010).

Deixando de lado a batalha terminológica que foi estabelecida, pode afirmar-se que houve um processo de constitucionalização da CADH e da Corte IDH. É importante perceber que a CADH na interpretação e aplicação pela Corte IDH, especialmente depois da “Corte” Cançado Trindade, tornou-se uma espécie de “fonte de fontes” do direito internacional, que funciona analogamente a uma Constituição, uma vez que se intromete nas normas superiores - as do jus cogens - que servem de parâmetros para os outros. Poderíamos então falar no paralelismo conceptual segundo o qual a CADH e as suas interpretações formam uma Constituição Interamericana, especialmente se concebermos esta Constituição como costumeira, forjada pela prática reiterada na exigência do seu cumprimento e pelo parecer jurídico da sua vinculação, cujo incumprimento gera responsabilidade internacional.

É possível não gostar da descrição da Corte IDH como um Tribunal Constitucional Transnacional ou do retrato da CADH como uma Constituição Interamericana e a Corte IDH,

⁴⁰ MAZZUOLI, Valerio. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 935

⁴¹ Confira-se o voto do então juiz *ad hoc* Roberto Caldas no caso de Gomes Lund e outros contra Brasil (2010)

⁴² Trata-se de um conceito do Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado análogo ao bloco de constitucionalidade. Cf. BOGDANDY, Armin de. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre o constitucionalismo transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 269, p. 13-66, 2015.

mas isso não permite simplesmente negar ou ignorar o registo de toda a jurisprudência das últimas décadas que convergem neste sentido. É possível não concordar sobre o conceito de constituição ou mesmo sobre o que significa ser um Tribunal Constitucional, tal como aqui utilizado.

Mais importante do que as discussões terminológicas, porém, é saber da existência de um documento jurídico superior a outros, utilizado com base em interpretações e costumes, que serve de parâmetro para o controle de outros tratados e leis, que também concebe e exige políticas públicas para a protecção de mais pessoas e grupos vulnerabilizados na América Latina.

Referências

AGUIAR, Marcus Pinto. **Acesso à justiça nos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BEZZERRA, Rafael. **Direitos para além da sala do Tribunal – um estudo de caso comparado entre o Brasil e a Colômbia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BOGDANDY, Armin de. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre o constitucionalismo transformador*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 269, p. 13-66, 2015.

BOLUARTE, Krupskaya Rosa Luz Ugarte. **La responsabilidad internacional del estado peruano por violación de obligaciones de protección de derechos humanos**. Madrid: Tesis Universidad Carlos III, 2015.

BORGES, Nadine. **Damião Ximenes – A primeira sentença do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodvum, 2016.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A regra do esgotamento dos recursos internos revisitada: desenvolvimentos jurisprudenciais recentes no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos. In: **Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio**. vol. I. São José da Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Co-existence and co-ordination of mechanisms of international protection of Human Rights (at global and regional levels). **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, Haia, t. 202, 1987.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium**, 2. ed. Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O esgotamento de recursos internos no direito internacional**. Brasília: Editora da UNB, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **O exercício da função judicial internacional: memórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O regime jurídico autônomo das medidas provisórias de proteção**. Fortaleza/Haia: IBDH-IIDH, 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Reflexões sobre o deslocamento forçado como um problema de direitos humanos frente a consciência jurídica universal. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. (Org.). **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **The Access of Individuals to International Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The Contribution of Latin American Legal Doctrine to the Progressive Development of International Law: Special Lecture 2015 Session, Public International Law. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, Haia, t. 376, 2014, p. 9-92.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Interamerican Court of Human Rights on International Case-law and Practice. **Chinese Journal of International Law**, vol. 6, n. 1, p. 1-16, 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tribunais internacionais e a realização da justiça**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

DESCHAMPS, Luiza; CRUZ, Thainá Mamede Couto da; CHRYSTELLO, Danielle do Nascimento. Opinião Consultiva n.11/90 da Corte IDH e o esgotamento material dos recursos internos. **Casoteca do NIDH**. Disponível em: <https://nidh.com.br/opiniao-consultiva-n-o-11-90-da-corte-idh-e-o-esgotamento-material-dos-recursos-internos/>.

ESTRADA, Mayra Alejandra Córdoba. **Análisis de la legitimidad del acuerdo final para la paz en Colombia**. Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado em Teoria do Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2019.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Opinião Consultiva N. 17/02 da Corte Interamericana: um marco na proteção internacional da infância e da adolescência. **Casoteca do NIDH**. Disponível em: <https://nidh.com.br/a-opiniao-consultiva-n-17-02-da-corte-interamericana-um-marco-na-protacao-internacional-a-criancas-e-adolescentes/>.

GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

JELLINEK, G. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Traducción de Christian Féster. Revisão de Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

LEGALE, Siddharta. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en los años 80: Una “Corte” Pedro Nikken? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México, n. XX, p. 315-349, ene./dic. 2020. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/14478/15621>.

LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, David Pereira de. **O Estado de Coisas Inconvencional e o “Supercaso” brasileiro em assuntos penitenciários**. Disponível em: <<https://nidh.com.br/o-estado-de-coisas-inconvencional-e-o-supercaso-brasileiro-em-materia-penitenciaria/>>.

LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, David. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte IDH para o debate sobre o sistema penitenciário brasileiro. **Revista Publicum**, v. 2, n. 2, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/26042>.

LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de (orgs). **Direitos humanos na prática interamericana: o Brasil nos casos da Comissão e da Corte Interamericana de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LEGALE, Siddharta; SARDINHA, Danilo. A opinião consultiva n. 21/2014: os deveres do Estado frente às crianças migrantes. **Casoteca do NIDH – UFRJ**. Disponível em: <https://nidh.com.br/oc21>.

LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel. As “mutações convencionais?” do acesso à Justiça Internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: VAL, Eduardo Manuel; BONILLA, Haideer Miranda (org.). **Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção I**. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 83-108. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c7yrg601/lcnv2140/Nm4OSIV1Hk28X37.pdf>.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Observância dos tratados: Art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). *In*: TUFFI, Saliba Aziz (Org.). **Direito dos Tratados: Comentários à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969)**. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

MAZZUOLI, Valerio. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PORTO, Humberto A. Sierra; NASH, Claudio. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: control de convencionalidad**. San José: Tribunal de IDH, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Carla Trindade. **As medidas provisionais da Corte Interamericana de Direitos Humanos: análise dos casos brasileiros envolvendo pessoas privadas de liberdade**. Rio de Janeiro: Trabalho de Conclusão de curso da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, 2019.

SILVA, Gabriel Mattos da. A Opinião Consultiva n. 18/03 da Corte Interamericana: os direitos dos migrantes indocumentados. **Casoteca do NIDH - UFRJ**. Disponível em: <https://nidh.com.br/oc18/>.

VAL, Eduardo Manuel; GOMES, Evandro Pereira Guimarães Ferreira; RAMIRES, Shri Dang. Corte Interamericana de direitos humanos e tribunais brasileiros no controle difuso de convencionalidade: *In*: LEGALE, Siddharta; VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida. (Org.). **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, v. 1, p. 178-202.

LA ADOPCIÓN TÍMIDA DE LA MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS*

LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI**

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Algunas lecciones del proceso de integración por derechos humanos en Europa; 3. Principio de subsidiariedad o complementariedad en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH); 4. La Teoría del Margen de Apreciación Nacional (TMAN); 5. Teoría del margen de apreciación nacional y riesgo de homogeneización del derecho doméstico; 6. La TMAN en la experiencia del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos (SEDH); 7. La TMAN y sus potencialidades para el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; 8. Conclusiones. Bibliografía citada.

1. Introducción

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH) desarrolló en las últimas cuatro décadas, desde que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) pasó a funcionar, un proceso lento y gradual de expansión de su rol en la región en términos de formulación de lo que se define como bloque de convencionalidad¹.

* Parte de las ideas que se desarrollan en el artículo son fruto de la instancia de investigación postdoctoral que realicé en el Instituto de Derecho Parlamentario de la Universidad Complutense de Madrid (2013-2014), Agradezco, así, al Profesor Catedrático Javier García Roca por el período y por las discusiones sobre el tema de la TMAN. Una versión más amplia del presente artículo va a ser publicada próximamente, en el siguiente libro: CAVALLO, Gonzalo Aguilar; CONCI, Luiz Arcaro; TAPIA, Manuel Bermúdez; GARAT, Paula y GONZALES, David Mendieta. **El control de convencionalidad:** los constitucionales communes y diálogo judicial multinivel latinoamericano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, en prensa.

** Profesor de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (São Paulo - SP - Brasil), donde coordina el Curso de Postgrado en Derecho Constitucional y es Profesor Permanente en PEPG en Gobernanza Global y Políticas Públicas Internacionales (Stricto Sensu). Profesor Titular de Teoría del Estado en la Facultad de São Bernardo do Campo (São Paulo - SP - Brasil). Doctor y Máster en Derecho (PUC-SP), con estancia de estudios posdoctorales en el Instituto de Derecho Parlamentario de la Universidad Complutense de Madrid (2013-2014). Profesor visitante en las Universidades de Bolonia (2016), Buenos Aires (2011-2014), Medellín (2019) y Messina (2019). Actualmente es Visiting Scholar Chiara Fama en la Universidad de Torino (2021). E-mail: lgaconci@hotmail.com.

¹ Sobre el tema ver: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, v. 39, n. 232, p. 363-392, jun., 2014; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Conventuality Standards for Children in Conflict Zones: Colombian Case study. **Opinião Jurídica**, v. 17, n. SPE35, p. 171-183, 2018.

Se define, así, un derecho aplicable para todos los Estados Parte que circula por toda la región que es América Latina y que pretende atribuir un grado de unidad a la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta definición tiene que ver con el sentimiento de que el tribunal debe partir siempre para decidir determinado tema que ya existe consenso² en la región para merecer una decisión protectora que va a obligar a todos los Estados Parte, y particulares³, que al Sistema tienen como mecanismo de protección internacional de derechos humanos.

Buscar al consenso regional es también negar la posibilidad de fallar en casos donde la Corte IDH puede adentrar en espacios sobre los cuales aún no existen tales consensos, de modo a que se produzca una autolimitación de la propia competencia de la Corte IDH que, además, define su competencia misma (*compétence de la compétence*)⁴.

En este espacio entra la Teoría de la Margen de Apreciación Nacional (TMAN), donde la Corte IDH percibe sus limitaciones como instrumento que reanima su competencia misma, el poder normativo de sus decisiones.

En el presente artículo pretendo presentar algunas percepciones sobre el tema de la adopción de la TMAN en el SIDH.

2. Algunas lecciones del proceso de integración por derechos humanos en Europa

Cuando utilizamos el término *integración* desde el derecho internacional buscamos abarcar una variedad de fuentes del derecho que pasan por los tratados internacionales en los cuales se enmarcan los sistemas de integración y también por otras fuentes del derecho que se derivan de estos. Por otra parte, la jurisprudencia producida por los tribunales, que a su vez añaden contenido desde la interpretación judicial a dichos tratados, son importantes puntos de profundización del proceso a través del cual órdenes jurídicas internacionales y órdenes jurídicas domésticas se enredan en un proceso circular donde no existe la última palabra, pero una recíproca consideración, cooperación y reconocimiento de las decisiones⁵.

En el caso europeo, los tratados internacionales y el derecho que deriva de ellos, desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y desde el Tribunal Europeo de Derechos

² Tema que es de preocupación de la Corte IDH desde hace tiempo y que puede ser explorado, por ejemplo, en la búsqueda anticipada por previsión legal y constitucional. Eso puede ser analizado, p.ej., en el parágrafo 113 de Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros v. Chile*. Sentenciada 8 de marzo de 2018 (mérito, reparaciones y costos). O consenso regional da consolidação do direito à saúde nas constituições e leis internas dos Estados que integram o sistema interamericano (§ 113).

³ CIPPITANI, R. La jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica como instrumento de integración regional, **Diritto e Processo**, v. 7, p. 67-99, 2011, p. 72.

⁴ BAZÁN, Víctor. Un desafío fundamental para el sistema interamericano de derechos humanos: la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista Europea de Derechos Fundamentales**, n. 25, p. 61-98, 2015. p. 70.

⁵ PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. **Columbia Journal of European Law**, v. 15, p. 349-407, 2008. p. 384.

Humanos (TEDH), son instrumentos importantes para entender dicho proceso en el espacio político de Europa. En efecto, los dos sistemas europeos, de la Unión Europea (UE) y del Consejo de Europa, con su Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH), que se están aproximando más contemporáneamente a partir del artículo 6º del Tratado de Lisboa, también producen cambios en la interpretación de los derechos fundamentales en el ambiente nacional de los Estados Parte de estos dos sistemas⁶.

Entender este proceso de integración a partir los derechos humanos, como apunta García Roca⁷, demanda una perspectiva dinámica.

Asimismo, el proceso de integración se convierte en una dinámica de aproximación de órdenes jurídicos con el objetivo de conformar el derecho común europeo, que se va formulando desde la *eficacia de cosa interpretada* de las sentencias del TEDH, que a su vez formula estándares interpretativos para los derechos fundamentales y estipula una igualdad de tratamiento de los individuos en todo el continente.

Con respecto al SEDH, Cippitani⁸ afirma que el TEDH establece el sentido jurídico de la Convención Europea de Derechos Humanos y de los otros textos normativos del Consejo de Europa, cuyos contenidos "(...) afectan los ordenamientos jurídicos de los Estados, y asean los que forman parte de la Unión Europea, o los que sólo firmaron la convención Europea de los Derechos Humanos".

Por lo tanto, el continente europeo presenta una circulación de comunicación jurídica cada vez más compleja, que los tribunales nacionales e internacionales utilizan como mecanismo de alimentación recíproca de sus decisiones.

En este orden de ideas, se forma una red de tribunales que (a) intercambian experiencias, pero que (b) tienen la dificultad de conformar sus competencias, (c) los límites de sus funciones al decidir, especialmente, en tema de derechos humanos, en que (d) los consensos a su respecto son muchas veces frágiles, y, al final, (e) tienen de gestionar su espacio decisorio, siempre atentos a la soberanía de los estados nacionales y sus instituciones.

⁶ UNIÓN EUROPEA. Tratado de Lisboa, "Artículo 6º: 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.", diciembre, 2007.

⁷ GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. Reseña: GARCÍA ROCA, Javier. El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 28, p. 662-670, 2011: "(...) más adecuada a la naturaleza antiformalista de los derechos y la realidad de las cosas a la hora de su garantía y exegesis, una labor que está ligada a la función de integración de los europeos en torno a unos derechos comunes que el Convenio y el Consejo de Europa pretenden. La idea de 'integración' supone un plus a su génesis internacional, emanada de un tratado, que, unida a naturaleza objetiva, muy expansiva, de los derechos fundamentales, así como de cualquier jurisdicción, forman una ecuación que puede acabar por transformar en parte su inicial naturaleza puramente internacional".

⁸ CIPPITANI, R. La jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica como instrumento de integración regional. **Diritto e Processo**, v. 7, p. 67-99, 2011. p. 69.

Esta realidad de circulación de la comunicación jurídica a través de decisiones judiciales termina estableciendo una red de tribunales, forjada a partir de la interpretación judicial, que toma en cuenta principalmente la función común que estos tribunales ejercen, en lugar del Derecho que aplican o las partes involucradas. Esto dificulta describirlos como parte de un sistema jurídico global, pero, de hecho, ellos constituyen una comunidad global de tribunales⁹. Esta comunidad, en efecto, actúa en un régimen de circulación de comunicación jurídica en el que el pluralismo jurídico es una característica central para comprender esta realidad jurídica.

En este contexto de circulación de decisiones judiciales y de definición de la extensión de la jurisdicción de los tribunales y otros organismos cuasijudiciales internacionales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos o la antigua Comisión Europea) y de las instituciones estatales, emerge y se desarrolla la Teoría del Margen de Apreciación Nacional (TMAN). En razón de ello, como veremos, surgen algunas cuestiones que merecen un análisis cuidadoso, puesto que cuando hablamos en TMAN estamos hablando de un expediente creado por los “organismos de Estrasburgo¹⁰”, y no por los tratados internacionales, es decir, una fórmula de autocontención de los organismos internacionales que median algunos enfrentamientos en materia de derechos humanos, su interpretación y concreción. Se entiende así la TMAN como una creación de la interpretación y concreción de los derechos humanos y no de los textos de los tratados internacionales.

Como veremos, a partir de la TMAN surgen algunas cuestiones importantes. La primera se refiere a (a) la subsidiariedad del poder de revisar los actos (hechos) nacionales por parte de las instituciones internacionales, especialmente los tribunales, (b) el respeto al pluralismo y a la soberanía estatal, (c) la falta de recursos para que dichos organismos internacionales puedan prevenir extender sus poderes a un nivel excesivo, (d) el equilibrio socioeconómico del ejercicio de los derechos o (e) la distancia de un organismo con sede en una institución internacional y los casos que implican un alto grado de sensibilidad, como los de los derechos humanos¹¹. Buscaremos contestar algunas de estas preguntas en este capítulo para así desarrollar el tema de la TMAN. Pero, antes, es importante darse cuenta de que no hay consensos, especialmente doctrinarios, sobre la fuerza de dicha teoría¹². Debido a ello, su debilidad también está presente en la narrativa construida por la propia doctrina que la analiza.

⁹ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, p. 191-219, 2003. p. 192.

¹⁰ HUTCHINSON, Michael R. The margin of appreciation doctrine in the European Court of Human Rights. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 48, n. 3, p. 638-650, 1999. p. 639.

¹¹ Algunos de estos cuestionamientos son de SPIELMANN, Dean. Allowing the right margin: the European Court of Human Rights and the national margin of appreciation doctrine: waiver or subsidiarity of European review?. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, v. 14, p. 381-418, 2012.

¹² GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. Reseña: GARCÍA ROCA, Javier. El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 28, p. 662-670, 2011; BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*, v. 15, n. 1, p. 295-310, 2009. p. 298.

3. Principio de subsidiariedad o complementariedad en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH)

Las cuestiones planteadas anteriormente también se aplican al SIDH. La relación establecida entre los organismos estatales y los organismos de la SIDH, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, depende de una articulación basada en los principios de subsidiariedad o de complementariedad. Según esta fórmula, los sistemas de protección de los derechos fundamentales en el plan doméstico tengan ellos el diseño que defina sus Constituciones o leyes, deben tener la primacía en la protección de los derechos de la persona humana que se juzguen violados¹³ restando a los sistemas internacionales el establecimiento del piso en términos de derechos humanos desde donde los Estados deben avanzar en protección y concreción¹⁴.

Esto quiere decir que los Estados nacionales siguen teniendo primacía en la protección y la concreción de los derechos humanos en su territorio, por parte de sus instituciones, de una manera tal que comprenda que solo después de que se hayan agotado todos los recursos internos existentes, exceptuando los mecanismos cautelares previstos en el plan internacional, se abre una “puerta” para los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. En el Sistema Interamericano, este dispositivo tiene expresa referencia en el artículo 46.2 de la Convención Americana, que requiere tal agotamiento de las vías domesticas para que se pueda acceder a los mecanismos internacionales¹⁵.

Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, ya sea en el plan global (ONU) o en el plan regional (americano, africano y europeo), tienen su proceso de fiscalización iniciado cuando los estados nacionales dejan de cumplir con sus obligaciones internacionales derivadas de los compromisos internacionales que asumen y, en efecto, internalizan en su orden jurídico.

El principio de subsidiariedad exige, por lo tanto, que el Estado nacional se entienda como el centro y la fuerza primordial en el proceso de concreción de los derechos humanos, a pesar de todas las transformaciones que afectan el concepto de soberanía impulsado por la tendencia, profundizada en el siglo XX, de aproximación entre los Estados nacionales y las organizaciones internacionales, como hemos visto.

Cabe señalar que, más que subsidiario, el entrelazamiento del orden nacional y los órdenes internacionales se realiza de forma complementaria. Ello, porque “las normas de fondo de los derechos humanos (como las consagradas en los tratados internacionales)

¹³ LEDESMA, Héctor Faúndez. **El agotamiento de los recursos internos:** en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Caracas: Centro de Estudios de Derechos Humanos, Univ. Central de Venezuela, 2007.

¹⁴ LUGATO, Monica. Sulla Sussidiarietà in Diritto Internazionale (On Subsidiarity in International Law). **Archivio Giuridico Filippo Serafini**, v. 230, p. 129-157, 2011. p. 138-139.

¹⁵ CIDH. de 20 de enero de 1989, párrafo 64; CIDH. de 29 de julio de 1988, párrafo 61; Resolución 15/89; Informe 39/96, párrafos 48-50; Informe 43/04, párrafo 69.

pasan a integrar, precisar y enriquecer el contenido de los derechos reconocidos en la Constitución¹⁶, dado que ocurre una debida articulación entre el derecho interno y el derecho internacional de modo que “deben articularse en un sistema en donde ninguna anule a la otra, ni estén en pugna, sino que deben aplicarse de tal modo que se alcance una congruencia armonizante¹⁷, haciendo que el derecho internacional rellene las lagunas del derecho interno, convirtiéndose en “una fuente directa a aplicar en el resguardo de los derechos humanos”¹⁸.

La obligación jurídica de cumplir con sus compromisos internacionales ya se había establecido en el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que prohibía que un Estado signatario de un dado tratado internacional pudiera “(...) invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado”. El artículo 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos establece la necesidad de que, en el caso de que los Estados Parte aún no hayan adaptado su orden jurídico interno a los compromisos asumidos internacionalmente, deben hacerlo a través de las medidas legislativas o de otra naturaleza necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Esto significa que no se admite, bajo pena de responsabilidad internacional, que el Estado detenga una “cara” protectora de los derechos humanos a nivel internacional y, bajo la excusa de la insuficiencia del ordenamiento jurídico interno, deje de cumplir con tales obligaciones a nivel nacional.

Esta articulación, como vimos en la sección anterior, tiene en los jueces, pero no solo en ellos¹⁹, la obligación de componer un conjunto coherente y articulado entre el derecho nacional y el derecho internacional, que se refuerza cuando hablamos de un Estado como parte de un sistema internacional de protección de los derechos humanos en el que las regulaciones domésticas e internacionales se entrelazan en una red de disposiciones obligatorias.

Hablar de margen de apreciación nacional, como se verá, afecta precisamente esta homogeneidad producida por las decisiones judiciales, inculcando en un ambiente sistémico un elemento de diferenciación dados los diferentes contextos nacionales, además de fundarse en la subsidiariedad²⁰. Es lo que se puede percibir adelante, desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en *Hatton y Otros v. Reino Unido*²¹, donde se interrelacionan los temas de subsidiariedad y TMAN, pues se decidió que la Convención Europea de Derechos Humanos tiene un papel subsidiario, dado que “las autoridades nacionales tienen legítima-

¹⁶ NASH ROJAS, Claudio *et al.* **Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile**. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Santiago: Facultad de Derecho – Universidad de Chile, 2012.

¹⁷ NASH ROJAS, Claudio *et al.* **Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile**. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Santiago: Facultad de Derecho – Universidad de Chile, 2012. p. 13.

¹⁸ NASH ROJAS, Claudio *et al.* **Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile**. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Santiago: Facultad de Derecho – Universidad de Chile, 2012. p. 13.

¹⁹ WALKER, Neil. Constitutional pluralism revisited. **European Law Journal**, v. 22, n. 3, p. 333-355, 2016. p. 336.

²⁰ CAROZZA, Paolo G. Subsidiarity as a structural principle of international human rights law. **American Journal of International Law**, v. 97, n. 1, p. 38-79, 2003. p. 40.

²¹ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Nº 36022/97, Párrafo 97, de 8 de julio de 2003.

ción democrática directa y son”, según otros fallos suyos, “en principio mejor ubicadas que una corte internacional para evaluar las necesidades locales y condiciones”. Además, afirma que “en asuntos de política pública general, en los que las opiniones en una sociedad democrática pueden variar razonablemente, el papel de quien diseña las políticas públicas a nivel nacional debe tener un peso especial”. Y termina afirmando que un amplio margen de apreciación debe estar disponible para que el parlamento implemente las políticas públicas sociales y económicas.

De esta manera, el espacio nacional debe quedar resguardado y el derecho y las instituciones internacionales deben comprender este espacio, tratando de entender que la diversidad de puntos de vista, en un espacio democrático, debe ser preservado en detrimento de una expansión irrazonable de lo internacional sobre lo nacional. Debido a ello, en lo que sigue pasamos a trabajar con el consenso como elemento central de esta realidad.

4. La Teoría del Margen de Apreciación Nacional (TMAN)

La TMAN es un reflejo de la existencia de un espacio discrecional para la toma de decisiones por el Estado nacional en un escenario de integración, y fue utilizada por primera vez por la antigua Comisión Europea, que fue el primer organismo europeo en utilizar la TMAN. Solo después, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque de manera relucante, comenzó a ocuparla, lo que solo sucedió en 1961, en el *Lawless v. Irlanda*²², cuando comienza a diseñarse, a través del uso judicial, lo que sería un expediente conturbado y discutido de interpretación y concreción de derechos.

Su construcción exigió una percepción de la necesidad de un consenso para la definición de la jurisprudencia, que se impone a partir de la existencia de un tribunal que lucha constantemente por su legitimación. Además, esta legitimación exige que se entienda que el respeto por los valores culturales, morales, lingüísticos, étnicos, entre otros, en un espacio tan heterogéneo como el abarcado por el Consejo de Europa, debe leerse de una manera diversa y plural. Esto es lo que García Roca²³ plantea al demostrar que la TMAN es aplicable a “ciertos temas especialmente sensibles para cada comunidad nacional, bien dada su acusada politicidad o bien ante la decisiva influencia de la diversidad de contextos históricos y culturales de pueblos”.

La TMAN se trata más de “quién toma las decisiones” que de “qué se debe decidir”. Por ello, bajo el riesgo de extrapolar la soberanía del Estado, la Corte solo intervendrá cuando

²² GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. Reseña: GARCÍA ROCA, Javier. El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 28, p. 662-670, 2011.

²³ ROCA, Francisco Javier García. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 20, p. 117-143, 2007. p. 132.

sea absolutamente necesario²⁴. Luego, se trata de un mecanismo de protección contra una discrecionalidad excesiva de los Estados Parte. Debido a ello, la crítica hacia el “casuismo” es constante en su análisis, lo que impide la observación de una doctrina con fuertes bases teóricas²⁵. Esto quiere decir, por ejemplo, que en derechos como la libertad de expresión, la Corte encuentra un amplio margen de apreciación, en oposición a los derechos de propiedad, donde éste es más diminuto²⁶. Es necesario, por lo tanto, que el tribunal encuentre un consenso en esta comunidad, tan importante para el surgimiento de una norma del derecho internacional de los derechos humanos y para su interpretación²⁷.

Es en este sentido, un tribunal internacional de derechos humanos debe perseverar en la búsqueda de dicho consenso en ambientes plurales y, por ende, que la TMAN gane fuerza como un mecanismo jurisprudencial de contención judicial, puesto que también ella funciona como un medio para controlar la expansión de la jurisprudencia internacional para así limitar los impactos y los embates con las instituciones domésticas y, por lo tanto, ser un medio de autocontención para reducir los conflictos que a menudo repercuten en el escenario político.

Por supuesto, la búsqueda de tal consenso europeo no es simple, puesto que por un lado establece una “presunción a favor de una solución adoptada por la mayoría de los estados”²⁸, y, por otro lado, no puede limitarla a un consenso mayoritario porque los derechos humanos también tienen su dinámica contramayoritaria para la protección de la persona humana, especialmente de las más vulnerables. Este es un dilema constante que afecta a los tribunales internacionales en la lucha por la legitimación democrática de sus decisiones.

Luego, si una práctica o regulación no está prevista en el ordenamiento jurídico de ningún Estado Parte, se debe poner en sospecha la existencia de un consenso, puesto que los órganos de la SEDH deben prestar atención al legado común europeo y se debe suponer que el SEDH deriva de los sistemas nacionales de los Estados Parte y

²⁴ HUTCHINSON, Michael R. The margin of appreciation doctrine in the European Court of Human Rights. **The International and Comparative Law Quarterly**, v. 48, n. 3, 1999, p. 640.

²⁵ ROCA, Francisco Javier García. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 20, p. 117-143, 2007.

²⁶ HUTCHINSON, Michael R. The margin of appreciation doctrine in the European Court of Human Rights. **The International and Comparative Law Quarterly**, v. 48, n. 3, 1999, p. 639.

²⁷ BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. **Ius et Praxis**, v. 15, n. 1, 2009, p. 300-301: “un método de interpretación que permite a los órganos jurisdiccionales internacionales el determinar en un momento cómo la comunidad internacional en la que se aplica esa norma entiende el derecho en cuestión, permitiéndole establecer si ha existido o no una violación. La búsqueda que el tribunal internacional hace de la comprensión que tienen los estados de la norma convencional vaga y carente de claros contornos, tiene por tanto como resultado una interpretación guiada por el consenso de los estados en relación a la comprensión del derecho”.

²⁸ DZEHTSIAROU, Kanstantsin. Does consensus matter? Legitimacy of European consensus in the case law of the European Court of Human Rights. **Public Law**, p. 534-553, 2011. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1944920>. p. 540.

no al revés²⁹, aunque tal consenso no exija encontrar regulaciones o prácticas en todos los Estados Parte³⁰. Ello, también porque: “De hecho, una vez que la Convención consiste esencialmente en la elevación de conceptos constitucionales al plan internacional, tal vez ni sea posible entender, interpretar o aplicar disposiciones de la Convención sin buscarse, en cierta medida, su significado en los sistemas jurídicos nacionales”³¹. Por otra parte, también es el papel de un tribunal internacional establecer un orden público europeo o americano. Esto exige parsimonia en tal trabajo creativo, en vista de la necesidad de comprender el grado de heterogeneidad normativa en sistemas que se pretenden cada vez más homogéneos. Y los derechos humanos son parte central de este orden público, “un componente axiológico de la cultura del constitucionalismo y de la identidad europea, y el CEDH opera como un instrumento constitucional al servicio de ese orden”³².

La autocontención del tribunal en la generación de jurisprudencia homogénea para una realidad cultural heterogénea es un objetivo constante y duradero, en busca, exactamente, de su legitimación democrática. Por supuesto, esto no nos impide criticar cómo se ha utilizado la TMAN, lo que haremos a continuación. Sin embargo, aun así, esta mirada de una realidad diversa debe colocarse entre el control internacional y la rendición de cuentas de los Estados Parte, por un lado, y la pretensión de exigir conductas para las cuales no hay consenso entre los 28 estados nacionales que forman parte del SEDH, es decir, hay un espacio para la toma de decisiones que exige cautela y ponderación por parte de los tribunales internacionales, porque la TMAN exige un mínimo *commun europeu* para que se entienda en contenido de un derecho. Desde eso, se abre “para el estado un margen de acción que le permite fijar de acuerdo a circunstancias jurídicas, sociales y culturales el contenido y alcance de ciertos derechos”³³ e para el tribunal que pueda encontrar “elementos nuevos que le permitan establecer contenidos que se integrarán al orden público europeo y serán por tanto aplicables a todos los estados miembros del Consejo de Europa por igual”³⁴.

En el caso del espacio jurídico Latinoamericano, que se ve recientemente afectado por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aunque de manera embrionaria, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Inter-

²⁹ BREMS, Eva. The margin of appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 56, p. 230-314, 1996, p. 276.

³⁰ BREMS, Eva. The margin of appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 56, p. 230-314, 1996, p. 287.

³¹ CAROZZA, Paolo G. Uses and misuses of comparative law in international human rights: some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights. *Notre Dame Law Review*, v. 73, p. 1217-1237, 1997, p. 1237.

³² ROCA, Francisco Javier García. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 30, p. 183-224, 2012, p. 190.

³³ BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*, v. 15, n. 1, p. 295-310, 2009, p. 301.

³⁴ BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*, v. 15, n. 1, p. 295-310, 2009, p. 301.

mericana de Derechos Humanos (Corte IDH) empezaron a utilizar la TMAN de forma más restringida³⁵, situación que tendremos que matizar más adelante, dadas las características de este sistema de protección existente en nuestra región, como veremos a continuación.

5. Teoría del margen de apreciación nacional y riesgo de homogeneización del derecho doméstico

Si por un lado esta propuesta busca un ambiente interamericano en el que se debe acentuar la difusión de la protección de los derechos humanos, por el otro señala un riesgo que no puede descartarse y que se refiere a una tendencia hacia la homogeneización excesiva del contenido de los derechos humanos en el continente, con la pérdida respectiva de los elementos y características distintivas que pueden surgir de un entorno diverso en aspectos que terminan legitimando una interpretación que también es diferente de tales derechos humanos. Es en este espacio donde se discute la legitimidad del uso de la TMAN como herramienta hermenéutica en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Así se plantea la cuestión de que no se puede descartar la necesidad de reservar un espacio de decisión para los estados nacionales del continente.

Aunque se parta de la premisa de que los derechos humanos tienen una pretensión universalista, se puede pensar en la necesidad de que los Estados nacionales estén —a pesar de estar vinculados al derecho internacional de los derechos humanos— en una situación económica, social, política o jurídica diferenciada, lo que en algunas situaciones legitimaría una diversidad de resultados en el proceso hermenéutico, que debe ser cuidadosamente observado por un tribunal internacional como la CIDH. Esta diferencia apunta a una reflexión que relativiza la perspectiva universalista³⁶, en el sentido de comprender que los estados nacionales, aunque signatarios de tratados y vinculados por la misma jurisprudencia de la CIDH, en el caso americano, o por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en tal continente, siguen manteniendo un espectro de discrecionalidad para la realización de los derechos humanos. No se trata de comprender la posibilidad de incumplimiento o violación, sino de comprender que hay un margen de discreción para adaptar algunas decisiones tomadas internacionalmente, siempre y cuando se cumplan internamente.

En razón de ello, el momento de concreción puede ser suspendido o diferido temporalmente, hasta el punto de esperar que los elementos circundantes (sociales, económicos, políticos, etc.) permitan que esto suceda. En efecto, se debe tratar de acercar el respeto de los derechos humanos por parte de los Estados nacionales en su derecho interno con el derivado de los órganos de los sistemas internacionales para la protección de los derechos humanos, especialmente de los tribunales internacionales, como la Corte Interamericana.

³⁵ NÚÑEZ POBLETE, Manuel. Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos. In: NÚÑEZ POBLETE, Manuel; ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coord.). **El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**: Proyecciones Regionales y Nacionales. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. p. 3-50.

³⁶ Para una crítica a la utilización de la TMAN por afrontar al universalismo ver: RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017, p. 184.

A pesar de las críticas a la TMAN, específicamente acerca de la ausencia de marcos teóricos claros y del exceso de oscilación en su utilización, debe entenderse que del fortalecimiento de los sistemas internacionales de derechos humanos no deviene la obligación de un derecho totalmente homogeneizado o pasteurizado. No se debe suprimir un espacio para la acción nacional, aunque haya vinculación al derecho internacional de los derechos humanos. Tampoco significa entender que habrá una prevalencia incondicional del derecho constitucional interno, puesto que las particularidades de cada Estado nacional deben ser tomadas en cuenta en el momento de verificarse la licitud o ilicitud de una práctica analizada. Y estas particularidades deben ser analizadas tanto por los organismos internos como por los internacionales, en el caso americano a través del artículo 29 de la CIDH³⁷ y del principio *pro persona*³⁸.

En el ámbito internacional, surge otro elemento más para profundizar la necesidad de un diálogo efectivo entre las órdenes jurídicas y además entre las cortes, para que las experiencias de cada uno de los participantes sean conocidas antes de la aplicación final del derecho. Asimismo, no se quiere proponer un levante relativista contra la pretensión universalista de los derechos humanos. Se tiene por objetivo comprender situaciones en las que el ambiente nacional hace que sea extremadamente difícil la verificación de estándares construidos por el derecho internacional de los derechos humanos por las autoridades de un Estado nacional y que deben tenerse en cuenta al aplicar los derechos humanos.

6. La TMAN en la experiencia del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos (SEDH)

Como hemos visto, la emergencia de la TMAN tuvo lugar en el proceso de construcción de la Unión Europea³⁹. Sin embargo, la presente sección buscará presentar su tratamiento y desarrollo en el SEDH, organizado por el Consejo de Europa, dada la proximidad funcional y estructural, durante algún tiempo, entre los dos sistemas regionales.

En el caso europeo, la Convención Europea de Derechos Humanos, establecida en 1950, comenzó a producir efectos en 1953, es decir, 16 años antes de la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La creación jurisprudencial de la TMAN, y la inexistencia de una base textual en los tratados internacionales, impone autocontención en el poder de revisión, aceptando que las autoridades domésticas están mejor posicionadas para decidir un conflicto. Son varios los fallos que se basan en tal argumento. La jurispuden-

³⁷ LEDESMA, Héctor Faúndez. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos aspectos institucionales y procesales**. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 64.

³⁸ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Mercosur, integración regional y derechos humanos en un proceso multinivel. **Estudios Constitucionales**, v. 13, n. 2, p. 125-152, 2015, p. 141-143.

³⁹ ANNICCHINO, Pasquale. Chapter VIII: Between the Margin of Appreciation and Neutrality: The Lautsi Case and the New Equilibria of the Protection of Freedom of Religion or Belief in Europe. In: MAZZOLA, R. (a cura di). **Diritto e Religione in Europa**. Rapporto Sulla Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo in Materia di Liberta' Religiosa, Il Mulino, 2012. p. 179-193.

cia que se utiliza a continuación busca permitir observar la forma en que la TMAN aparece en ciertos fallos, sin pretender establecer una construcción exhaustiva de su realidad en las decisiones del TEDH.

La primera vez que el TEDH utiliza la TMAN fue en *Handyside v. Reino Unido*, en 1976⁴⁰, en un caso en el que se discutió la prohibición de un libro para escuelas infantiles, por ofender preceptos morales. Estableció así, en el párrafo 48, que la subsidiariedad en la protección de los derechos es un sello distintivo del SEDH, y que en este caso, no era posible “encontrar en el derecho nacional de diversos Estados Parte una concepción europea de la moralidad” y, en este sentido, “en razón de contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países, las autoridades estatales están, en principio, en una mejor posición que el juez internacional para emitir una opinión sobre el contenido exacto de estos requisitos (...)”.

En otros casos, la conformación de la TMAN se realizó mediante análisis bastante tópicos. En *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, en 1995⁴¹, en un caso que trató del confisco de una película por parte de las autoridades austriacas con fundamento de que había ofendido leyes que prohibían el menosprecio de preceptos religiosos, el TEDH entendió que habría un margen de apreciación para Austria, puesto que no habría consenso europeo sobre el significado de la religión para una sociedad, y, en el párrafo 56, entendió que no podría ignorarse el hecho de que “la religión romana católica es la religión que afecta a la mayoría de los que viven en el Tirol” y que las autoridades austriacas tendrían que “reforzar la paz religiosa en la región y evitar que algunos se sientan atacados en sus creencias religiosas”. Por lo tanto, las autoridades nacionales están mejor posicionadas “que el juez internacional para evaluar las necesidades de una medida” para la población local en un momento dado.

Más recientemente, en *Evans v. Reino Unido (2008)*⁴², se discutió el tema de los derechos de dos individuos sobre embriones y el derecho o el deber de paternidad, puesto que se tratan de derechos individuales. El TEDH, por medio de su Gran Chamber, en un caso en el que se discutió en torno a temáticas sensibles en términos morales y éticos, ha afirmado la necesidad de que el Estado nacional tenga un mayor margen de apreciación, ya que tiene un tema de intereses públicos y privados bajo su tutela. El fallo se dio en el sentido de que debido a recaer sobre tales ámbitos, donde no hay un *common ground* entre los Estados Parte, el tribunal ha considerado que el margen de apreciación otorgado al Estado correspondiente debe ser entendido como amplio.

Un caso muy conocido y discutido es el de *Goodwin v. Reino Unido*⁴³, en el que se discute con respecto a los límites del margen de apreciación, en el sentido de que su apertura excesiva podría conducir a la desconsideración de los derechos involucrados. Se trata del tema del matrimonio de personas transgénero y la elección del género designado. Así, el TEDH ha señalado que dejar que los Estados Parte administren estos derechos permitiría a

⁴⁰ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Nº 5493/72, de 7 de diciembre de 1976.

⁴¹ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Nº 13470/87, de 20 de septiembre de 1994.

⁴² CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Nº 6339/05, de 10 de abril de 2007.

⁴³ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Nº 28957/95, de 01 de diciembre de 1997.

dichos Estados obstaculizar el ejercicio del propio “derecho a casarse”. Luego, el margen de apreciación no podría extenderse demasiado.

La construcción de la TMAN ocurre exactamente para ponderar realidades nacionales muy diversas. En razón de ello, “unos mismos derechos y análogos supuestos de hecho o pretendidas violaciones, e incluso unas mismas normas (electorales), traídas a colación en las demandas, pueden constituir o no violaciones del Convenio en función de esas realidades sociales tan diversas (...)”. En otras palabras, la casuística y los factores del caso concreto impiden o obstaculizan, realmente, la búsqueda de la solidez de una doctrina para la TMAN.

7. La TMAN y sus potencialidades para el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Los riesgos de la utilización de la TMAN en el Sistema Interamericano son bien conocidos. Ya sea por ser contrario a los ideales universalistas, porque podría abrir un “margen de impunidad nacional”⁴⁴ o porque se trata de un ambiente político donde “los jueces están sujetos a la intimidación y la presión”⁴⁵. En nuestra perspectiva, todas las objeciones formuladas no son exclusivas del espacio político interamericano.

También es cierto que existe un movimiento político que ha tenido la intención de presionar a los órganos del SIDH en la última década, lo que se puede notar, por ejemplo, en el intento de reformar el reglamento de la Comisión Interamericana en la Asamblea General celebrada en Cochabamba, en 2012⁴⁶, o en la Declaración firmada por Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay, en 2019, para que el Sistema Interamericano reconozca el “margen de apreciación de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones que establece la Convención”⁴⁷. Estas manifestaciones son importantes en el sentido de demandar cuidado en el uso de la TMAN, para evitar que se haga de forma sistemática en el SIDH. Sin embargo, de hecho, hay muchas asimetrías políticas, económicas, culturales, jurídicas y sociales en nuestra región que exigen una reflexión más cuidadosa acerca de la TMAN.

Primero, es importante señalar que su utilización debe ser definida por los órganos de la SIDH, es decir, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), tal como ocurre, aunque escasamente. Al ser estos organismos los que definen su utilización, (a) no se trata de una

⁴⁴ LOVATÓN PALACIOS, David. ¿Debería incorporarse en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos la noción de margen de apreciación nacional? *Estudios Constitucionales*, v. 16, n. 2, p. 339-368, 2018, p. 363.

⁴⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; GÓMEZ, Máximo Pacheco. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

⁴⁶ CIPPITANI, R. La jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica como instrumento de integración regional, *Diritto e Processo*, v. 7, p. 67-99, 2011.

⁴⁷ PARAGUAY. Ministerio de Relaciones Exteriores. **Gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay se manifiestan sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Ministerio de Relaciones Exteriores, abr. 2019. Disponible en: <https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>. Fecha de consulta: 14 jul. 2020.

válvula de escape para que los estados dejen de cumplir con los precedentes de la Corte IDH, que son obligatorios, ni (b) de una licencia para dejar de cumplir con las condenas, especialmente de la Corte IDH, frente a los estados nacionales. Quien define su utilización, como en el SEDH, son los organismos del SIDH y no los destinatarios de las condenas pues deciden sobre la responsabilidad estatal. La TMAN permite “una diplomática deferencia internacional que no existe en los tribunales constitucionales ni se practica por ellos del mismo modo respecto de los órganos judiciales domésticos”⁴⁸. Esto quiere decir que tal “deferencia” debe venir desde afuera hacia adentro, desde el internacional hacia el doméstico, y no al revés. Además, la Corte IDH deja en claro que el cumplimiento de una sentencia es una obligación internacional del Estado Parte, que está jurídicamente obligado por la decisión. No se trata de encontrar subterfugios para el incumplimiento de una condena la utilización de TMAN en este ámbito⁴⁹.

En el caso de la Corte IDH, se verifica la utilización de la TMAN, pero de una manera muy tímida en comparación con el TEDH. Podemos encontrar tales manifestaciones en algunos casos, comentados a continuación⁵⁰.

Fue la forma en que la Corte IDH se refirió a la TMAN en la Opinión Consultiva No. 4/84⁵¹, en la que trató la propuesta de reforma a la Constitución de Costa Rica sobre el tema de la naturalización. En ese caso, la Corte IDH utilizó la referencia a la TMAN en algunas partes de su respuesta. Por ejemplo, con respecto a la igualdad de trato basada en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, declara que, con respecto a la otorgación de la naturalización, es el Estado, en este caso Costa Rica, quien establece las condiciones para la adquisición de su nacionalidad, según el sistema de intereses y valores de la sociedad. Con respecto a estos valores, afirma que “adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de

⁴⁸ ROCA, Francisco Javier García. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 20, p. 117-143, 2007.

⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución sobre *Gelman con Uruguay*, 20 marzo 2013. Párrafo 62 e 63; CLÉRICO, Laura. La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes. **Derechos en Acción**, v. 3, n. 7, p. 295-317, 2018. p. 297.

⁵⁰ Manuel Poblete encuentra su utilización en seis temas, que son, “a) el desarrollo normativo interno de los derechos reconocidos en la CADH; b) la configuración de las instituciones nacionales que inciden en el desarrollo o ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención; c) la valoración de las circunstancias materiales que justifican la limitación de los derechos reconocidos en la Convención; d) la regulación de los derechos no reconocidos en la Convención; e) el alcance de la jurisdicción de la Corte IDH en los casos contenciosos, y f) el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. Aunque discordemos en algunos puntos, pues el autor se utiliza de un muy amplio concepto de TMAN que se funda esencialmente en la deferencia, tratase de trabajo muy bien elaborado de consulta necesaria. Así, sobre los casos en que la Comisión IDH hace uso de la TMAN, remitimos al NÚÑEZ POBLETE, Manuel. Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos. In: NÚÑEZ POBLETE, Manuel; ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coord.). **El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**: Proyecciones Regionales y Nacionales. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. p. 24.

⁵¹ CIDH. OC-4/84, propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, 19 de enero de 1984.

apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso”⁵², lo que de ninguna forma debe significar “verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados”⁵³.

Asimismo, en la Opinión Consultiva n. 18/03, se analizó la condición jurídica y los derechos de los inmigrantes indocumentados. En este caso, la Corte IDH, refiriéndose a la observación general No. 3 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, sobre la interpretación del artículo 273 de la Convención Americana de Derechos Humanos, decidió que los Estados gozan de un cierto margen de apreciación para evaluar si existe justificación para una diferencia de trato entre las personas que se encuentran en una situación similar.

En otro caso de Costa Rica *Herrera Ulloa* (2004)⁵⁴, la Corte IDH se manifiesta expresamente sobre la TMAN en relación a la regulación del derecho a un recurso efectivo, previsto en el art. 8.2 de la CADH, pero lo hace en el sentido de comprender la existencia de una TMAN restringida, para no violar tal derecho. En el párrafo 161 de este precedente, la Corte Interamericana declara.

En el caso de *Atala*⁵⁵, la Corte IDH ha diseñado una TMAN débil en casos de discriminación basada en la orientación sexual para una decisión condenatoria, argumento que se ha suscitado desde la defensa del estado chileno de que no habría consenso americano sobre el tema.

Como hemos visto, se trata de la clara utilización de la TMAN en un fallo que se enfrenta a un tema en el cual las asimetrías de trato entre los estados, del tema de la nacionalidad, son amplias y que, por supuesto, apuntan hacia una dimensión de la soberanía estatal.

⁵² CIDH. OC-4/84, propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización., 19 de enero de 1984, Párrafo 58.

⁵³ CIDH. OC-4/84, propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización., 19 de enero de 1984, Párrafo 62.

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 02 de julio de 2004. “De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que ‘no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces’, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos”.

⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 24 de febrero de 2012. Párrafo 92.: “92. (...) la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana”.

Otro caso en cual el uso de la TMAN es evidente se trata de *Castañeda Gutman v. México*⁵⁶, en el cual se ha enfrentado el tema de las candidaturas independientes en un sistema de partidos limitado y poco democrático. En este caso, se discutió la responsabilidad internacional de México por no proporcionar un remedio efectivo y adecuado contra el impedimento de la candidatura independiente a la presidencia de la República. En el párrafo 200, la Corte IDH afirma que no es posible una valoración en abstracto de los sistemas electorales, ya sea el de nominación de candidatos por parte de los partidos políticos, o uno que admita candidaturas independientes, para decir cuál es más o menos restrictivo que el otro, puesto que esto depende de los contextos en que los estados nacionales se encuentren en una mejor posición de toma de decisiones, y son aquellos que “deben valorar de acuerdo con su desarrollo histórico y político las medidas que permitan fortalecer los derechos políticos y la democracia, y las candidaturas independientes pueden ser uno de esos mecanismos, entre muchos otros”⁵⁷. A pesar de la ausencia de una referencia expresa a la TMAN, claramente el instrumental utilizado se basa en ella.

En el expediente de supervisión del caso *Escué Zapara v. Colombia*⁵⁸, la Corte IDH declara que existe una TMAN de los estados para la comunicación de las condenas, pero de una manera que no las deje sin efecto o sin repercusión.

En *Artavia Murillo v. Costa Rica* la Corte IDH también refiere a la TMAN. Se trata de un caso de condena por practicar procedimiento de fertilización *in vitro*, prohibido a nivel doméstico debido a un decisión de la Corte Suprema. En este caso, la Corte IDH ha utilizado la TMAN para salvaguardar la discrecionalidad del Estado para fijar conceptos tales como embrión, vida y ser humano. El Estado se vale de la TMAN seguidamente, pero la Corte IDH rechaza tal instrumento, afirmando que no “considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional”⁵⁹. Se trata de un fallo de rechazo.

Finalmente, en el caso *Duque v. Colombia* (2016)⁶⁰, en el cual el peticionario fue prohibido del goce de una pensión por la ley no contemplar la unión homoafectiva, el juez Eduardo Vio Grossio, en un voto parcialmente disidente, ha declarado que, en el momento en que el peticionario había tenido su solicitud denegada por las instituciones nacionales, no existía ninguna disposición en el derecho internacional para proteger sus intereses y que era “(...) consecuentemente, asunto de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva de los Estados o, si se prefiere, asunto que quedaba en el margen de apreciación del que gozan los Estados para aplicar normas convencionales internacionales”. Por lo tanto, las autoridades domésticas estarían en una situación privilegiada en lo toca a la regulación de tal derecho.

⁵⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 06 de agosto de 2008.

⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Párrafo 204, de 06 de agosto de 2008.

⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Escué Zapata con Colombia: Voto concurrente del juez ad hoc* Diego Eduardo López Medina, párrafo 9, 5 mayo 2008.

⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Párrafo 316, de 28 de noviembre de 2012..

⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 26 de febrero de 2016.

8. Conclusiones

Ante todo, el uso de la TMAN por parte de la Corte IDH es bastante escaso y poco estructurado. Sin embargo, no se puede negar que no haya sido utilizada, es decir, que no se haya incorporado a la caja de herramientas del SIDH.

Su utilización como herramienta en el SIDH debe ser muy articulada y la Corte IDH necesita verificar la existencia de consensos regionales como forma de protección de su propio espacio como tribunal guardián de la Convención Americana de Derechos Humanos. No va a servir como instrumento definitivo, como ocurre mismo en el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos, donde la incertidumbre sobre los límites de la TMAN aún es referida como característica que precisa de mejores desarrollos.

Pero las diferencias, asimetrías, heterogeneidades y otros afirmativos de la pluralidad de protección y tratamiento doméstico de los derechos humanos exige que la Corte IDH continúe a buscar su utilización, no de modo implícito, no referido en sus decisiones, pero que articule un modelo de TMAN regional que capture las características de la región.

Eso, en definitivo, es reforzar el rol de la Corte IDH, e la fuerza normativa de sus decisiones en el espacio del SIDH, es legitimar sus esfuerzos para más bien concretizar los derechos humanos en la región. Estipular sus límites de competencia es también legitimarse como tribunal dedicado a la protección de los derechos humanos.

Así, nos resta trabajar para producir una moldura con base sólida en el sentido de fortalecer el diseño de la herramienta como medio de controlar su uso sin límites o de forma desestructurada.

Referencias

ANNE-MARIE, Slaughter. A Global Community of Courts. **Harvard International Law Journal**, v. 44, n. 1, p. 191-219, 2003.

ANNICCHINO, Pasquale. Chapter VIII: Between the Margin of Appreciation and Neutrality: The Lautsi Case and the New Equilibria of the Protection of Freedom of Religion or Belief in Europe. In: MAZZOLA, R. (a cura di). **Diritto e Religione in Europa**. Rapporto Sulla Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo in Materia di Liberta'Religiosa, Il Mulino, 2012. p. 179-193.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. The margin of appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg's variable geometry. **Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context**. v. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 62-105.

BAZÁN, Víctor. Un desafío fundamental para el sistema interamericano de derechos humanos: la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista Europea de Derechos Fundamentales**, n. 25, p. 61-98, 2015.

BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. **Ius et Praxis**, v. 15, n. 1, p. 295-310, 2009.

BREMS, Eva. The margin of appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights. **Zeitschrift fur ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, v. 56, p. 230-314, 1996.

CAROZZA, Paolo G. Subsidiarity as a structural principle of international human rights law. **American Journal of International Law**, v. 97, n. 1, p. 38-79, 2003.

CAROZZA, Paolo G. Uses and misuses of comparative law in international human rights: some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights. **Notre Dame Law Review**, v. 73, p. 1217-1237, 1997.

CEJIL. **¿Que pasó en la Asamblea General de Cochabamba?**. Disponible en: <<https://cejil.org/comunicado-de-prensa/que-paso-en-la-asamblea-general-de-cochabamba/>>. Acceso em: 13 mai. 2021.

CIPPITANI, R. La jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica como instrumento de integración regional. **Diritto e Processo**, v. 7, p. 67-99, 2011.

CLÉRICO, Laura. La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes. **Derechos en Acción**, v. 3, n. 7, p. 295-317, 2018.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Mercosur, integración regional y derechos humanos en un proceso multinivel. **Estudios constitucionales**, v. 13, n. 2, p. 125-152, 2015.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, v. 39, n. 232, p. 363-392, jun., 2014.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Conventionality Standards for Children in Conflict Zones: Colombian Case study. **Opinión Jurídica**, v. 17, n. SPE35, p. 171-183, 2018.

CIDH. Informe 43/04, sobre petición 306/99, 13 octubre 2004.

CIDH. OC-4/84, propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de enero de 1984.

CIDH. Resolución 15/89, sobre caso 10.208. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 abril 1989;

CIDH. Resolución 15/89; Informe 39/96, sobre caso 11.673. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 octubre 1996.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Evans con Reino Unido. Sentencia del 10 de abril de 2007.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Goodwin con Reino Unido. Sentencia del 01 de diciembre de 1997.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Handyside con Reino Unido. Sentencia del 7 de diciembre de 1976.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Hatton y otros con The United Kingdom. Sentencia del 8 de julio de 2003.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Otto-Preminger-Institut v. Austria. Sentencia del 20 de septiembre de 1994.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Artavia Murillo v. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Atala y Niñas con Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Castañeda Gutman con México, sentencia de 06 de agosto de 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Castillo Petrucci y otros con Perú, sentencia de 4 de septiembre de 1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Duque v. Colombia, sentencia de 26 de febrero de 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Escué Zapata con Colombia, sentencia de 5 de mayo de 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Godínez Cruz con Honduras, sentencia de 20 de enero de 1989.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Herrera-Ulloa con Costa Rica, sentencia de 02 de julio de 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Velásquez Rodríguez con Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988.

DZEHTSIAROU, Kanstantsin. Does consensus matter? Legitimacy of European consensus in the case law of the European Court of Human Rights. **Public Law**, p. 534-553, 2011. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1944920>.

FASSBENDER, Bardo. **Sovereignty and constitutionalism in international law**. Oxford: Hart, Publishing, 2003.

FONTANELLI, Filippo. Whose Margin is it? State Discretion and Judges' Appreciation in the Necessity Quicksand. In: FONTANELLI, F.; MARTINICO, G.; CARROZZA, P. (eds.). **State Discretion and Judges' Appreciation in the Necessity Quicksand**. Shaping Rule of Law through dialogue - International and Supranational Experiences. Groenigen: European Law Publishing, 2010. p. 377-412.

GREER, Steven C. The interpretation of the European convention on human rights: universal principle or margin or appreciation. **UCL Human Rights Review**, v. 3, p. 1-14, 2010.

GREER, Steven C. **The margin of appreciation**: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2000.

GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. Reseña: GARCÍA ROCA, Javier. El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 28, p. 662-670, 2011.

HUTCHINSON, Michael R. The margin of appreciation doctrine in the European Court of Human Rights. **The International and Comparative Law Quarterly**, v. 48, n. 3, p. 638-650, 1999.

LEDESMA, Héctor Faúndez. **El agotamiento de los recursos internos**: en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Caracas: Centro de Estudios de Derechos Humanos, Univ. Central de Venezuela, 2007.

LEDESMA, Héctor Faúndez. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos**: aspectos institucionales y procesales. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

LOVATÓN PALACIOS, David. ¿Debería incorporarse en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos la noción de margen de apreciación nacional? **Estudios constitucionales**, v. 16, n. 2, p. 339-368, 2018.

LUGATO, Monica. Sulla Sussidiarietà in Diritto Internazionale (On Subsidiarity in International Law). **Archivio Giuridico Filippo Serafini**, v. 230, p. 129-157, 2011.

NASH ROJAS, Claudio *et al.* **Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile**. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Santiago: Facultad de Derecho – Universidad de Chile, 2012.

NÚÑEZ POBLETE, Manuel. Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el telos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos. In: NÚÑEZ POBLETE, Manuel; ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coord.). **El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. p. 3-50.

PARAGUAY. Ministerio de Relaciones Exteriores. **Gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay se manifiestan sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Ministerio de Relaciones Exteriores, abr. 2019. Disponible en: <<https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>>. Acceso 13 mai. 2021.

PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. **Columbia Journal of European Law**, v. 15, p. 349-407, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017.

ROCA, Francisco Javier García. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 30, p. 183-224, 2012.

ROCA, Francisco Javier García. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 20, p. 117-143, 2007.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. **Harvard International Law Journal**, v. 44, n. 1, p. 191-219, 2003.

SPIELMANN, Dean. Allowing the right margin: the European Court of Human Rights and the national margin of appreciation doctrine: waiver or subsidiarity of European review? **Cambridge Yearbook of European Legal Studies**, v. 14, p. 381-418, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Hacia el Nuevo Derecho Internacional Para la Persona Humana: Manifestaciones de la Humanización del Derecho Internacional. **Revista da Faculdade Direito da UFMG**, n. 50, p. 44-61, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; GÓMEZ, Máximo Pacheco. **El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

WALKER, Neil (Ed.). **Sovereignty in transition**. Oxford: Bloomsbury Publishing, 2003.

WALKER, Neil. Constitutional pluralism revisited. **European Law Journal**, v. 22, n. 3, p. 333-355, 2016.

TEORIA GERAL DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: REGIME JURÍDICO PARA O ESTADO-JUIZ, ESTADO-ADMINISTRAÇÃO E ESTADO-LEGISLADOR

FELIPE KLEIN GUSSOLI*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Controle de convencionalidade: tratados internacionais como parâmetro de atuação estatal; 3. Tipologia do controle de convencionalidade; 4. As linhas mestras para a construção de uma teoria geral do controle de convencionalidade no Brasil; 5. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Pouco aplicado, o controle de convencionalidade carece de uma teoria geral que discipline e explique seu regime jurídico para todas funções estatais no Brasil. O presente artigo, produzido no marco do Congresso Internacional de Direitos Humanos e seus Impactos na América Latina,¹ busca justamente propor os contornos iniciais do que se projeto como uma teoria a ser construída, sem a pretensão de dar respostas definitivas. Nem poderia, pois no Brasil sequer há legislação específica que normatize o procedimento do controle de convencionalidade, seja pelo Judiciário ou por qualquer outro Poder ou órgão de Estado.

Há muitos trabalhos que reduzem a investigação do tema do controle de convencionalidade ao papel exclusivo do Poder Judiciário no controle de compatibilidade de normas nacionais (constitucionais ou não) com as convenções ou tratados internacionais de direitos humanos vigentes. Mas não há ainda uma teoria sobre um regime jurídico geral de controle

* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador Adjunto e Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professor da Especialização em Licitações e Contratos Administrativos da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisador do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR. Advogado em Curitiba-PR. E-mail: <gussoli@hotmail.com>.

¹ Realizado em junho de 2019 nas dependências da PUC-PR, com a presença de vários professores brasileiros e estrangeiros estudiosos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. O evento foi promovido pelo Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED), pelo Programa de Pós-graduação em Direito e pela Escola de Direito da PUC-PR, pela Rede de Pesquisas em Direito Administrativo Social (REDAS) e pela Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo (REDOEDA). Contou com o essencial apoio do CNPq, CAPES, NINC-UFPR, RIJDA e Editora Ithala, a quem o autor agradece.

de convencionalidade para o Estado brasileiro que considere todas as funções estatais exercidas pelos Poderes da República (judicial, administrativa e legislativa). Tampouco há teoria que explique o regime de controle de convencionalidade devido em atividades de controle exercidas por órgãos estatais não inseridos na estrutura do art. 2º da Constituição brasileira² (como por exemplo, o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público, o próprio Ministério Público e os Tribunais de Contas).

Como nenhuma atuação estatal está imune à influência do regime dos tratados internacionais de direitos humanos, o que se busca com a uma teoria geral é a busca de definição dos critérios, procedimentos e limites do controle de convencionalidade pelos órgãos estatais nas suas respectivas funções, bem como na interação entre as decisões de diferentes instâncias controladoras da convencionalidade de ato ou norma. Mais do respostas, o artigo visa apresentar perguntas e hipóteses que conduzam futuros trabalhos mais aprofundados a respeito do assunto.

2. Controle de convencionalidade: tratados internacionais como parâmetro de atuação estatal

O controle de convencionalidade é doutrina nascida no seio da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), e que paulatinamente está sendo construindo no exercício diário de aplicação dos tratados de direitos humanos. Mas enquanto as teorias geralmente reservam o papel do controle de compatibilidade de normas nacionais com tratados internacionais *ao Poder Judiciário* (Estado-Juiz), outorgando-lhe exclusividade na verificação da compatibilidade de normas hierarquicamente superiores com a atuação do Poder Público, uma teoria geral do controle de convencionalidade pressupõe a necessidade de: **(i)** a própria Administração Pública (Estado-Administração)³, de ofício e no exercício de sua função típica, exercer aquele papel de controlador da convencionalidade⁴; **(b)** o próprio Legislador (Estado-Legislator), no curso do processo legislativo de produção de emendas à Constituição, leis complementares e ordinárias, decretos legislativos e resoluções, exercer o controle de convencionalidade; **(c)** os órgãos de controle que não estão inseridos na estrutura clássica de divisão de funções exercerem de ofício o controle de convencionalidade (ex.: Ministério Público).

² (Constituição brasileira) “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

³ Para uma síntese dos impactos da convencionalidade na atuação da Administração Pública, cf. GUSSOLI, Felipe Klein. Releitura do regime jurídico-administrativo e a teoria do melhor direito: impactos da convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, a. 18, n. 28, p. 43-68, maio/ago. 2020. DOI: < 10.12662/2447-6641oj.v18i28.p43-68.2020 >

⁴ Acerca do dever-poder de todo órgão da Administração Pública de realizar o controle de convencionalidade, cf. GUSSOLI, Felipe Klein. Controle de convencionalidade de ofício pela Administração Pública no exercício de sua função típica. *Revista Jurídica (FURB)*, Blumenau, v. 24, n. 53, jan./abr. 2020.

O controle de convencionalidade aplicado a todas funções e órgãos estatais implica mudanças na estrutura clássica de entendimento dos papéis dos Poderes e na possibilidade (ou mesmo o dever) de os órgãos de controle, Poder Executivo e Poder Legislativo – e sem a mediação do Poder Judiciário – declararem em processos administrativos e durante o processo legislativo a inconveniência de normas hierarquicamente inferiores aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo Brasil, invalidando-as ou no mínimo afastando a sua aplicação. O impacto não é de pouca monta, pois implica ao fim e ao cabo a não aplicação, pelo Legislativo e pela Administração Pública, por meio do controle de convencionalidade, de normas editadas pelos seus próprios órgãos, dos outros Poderes da República e até mesmo pelo Poder Constituinte em algumas ocasiões.

Mas qual o fundamento para essa alteração de principal parâmetro normativo para a conduta estatal?

Na medida em que o Direito Internacional dos Direitos Humanos foi ganhando autonomia, surgiu ao lado do controle de constitucionalidade a técnica do controle de convencionalidade.⁵ Um tratado internacional incorporado obriga a todos os Poderes estatais em todo o território⁶ e a aplicação direta de normas de Direito Internacional de Direitos humanos acontece *especialmente* no exercício do controle de convencionalidade,⁷ técnica que é produto jurisprudencial da Corte IDH.

O controle de convencionalidade corresponde à verificação da compatibilidade substancial de leis e atos normativos do Poder Público com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados.⁸ Há quem defenda que além dos tratados, o controle de convencionalidade também acontece em relação a “costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais”.⁹ Sem prejuízo de outros tratados, é importante mencionar que as principais vertentes sobre a doutrina do controle de convencionalidade partem do controle fomentado pela Corte IDH, cujo parâmetro de controle é principalmente o Pacto de São José da Costa Rica, também chamado de Convenção Americana sobre Direitos Humanos (concretizado pelas manifestações da Corte,

⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor; VALADÉS, Diego (Coord.). *Formación y perspectiva del Estado mexicano*. Ciudad de Mexico: El Colegio Nacional-UNAM, 2010. p. 159.

⁶ “Eles acarretam de modo indireto obrigações para os poderes estatais. O Poder Judiciário é obrigado a aplicar o tratado. O Executivo deverá cumpri-lo e o Legislativo, se for o caso, deverá elaborar leis necessárias para sua execução”. (MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 221).

⁷ SLOSS, David; ALSTINE, Michael Van. *International Law in Domestic Courts*. 2015. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/889>>

⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009. p. 148.

⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 405.

notadamente as sentenças e opiniões consultivas).¹⁰ No Brasil, não se pode mais pôr em dúvida a vigência do Pacto de São José da Costa Rica, eis que incorporado no ordenamento jurídico desde a publicação do Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992 (como também não se pode pôr em dúvida a vigência de toda uma série de tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso, ratificados e cujos decretos executivos incorporadores já foram publicados). Ou seja, o controle de convencionalidade acontece quando toma por parâmetro qualquer tratado de direitos humanos.¹¹

O art. 27 da Convenção de Viena, vigente no Brasil desde a publicação do Decreto Executivo n. 7.030 de 14/12/2009, obriga a aplicação das normas internacionais de direitos humanos com precedência sobre qualquer outra norma nacional.¹² Bem por isso o controle de convencionalidade se fundamenta nos artigos 1.1 e 2 do Pacto de São José e também nos princípios da “*liberum voluntatis arbitrium, pacta sunt servanda e bonam fidem*, compatibilizando o ordenamento jurídico interno não só à Constituição, mas também aos acordos, tratados e convenções de que o Brasil seja signatário”.¹³

Dito isso, tem-se que uma vez incorporado o tratado, suas normas poderão coincidir com as normas internas, complementá-las ou contrariá-las.¹⁴ Para este último caso, o controle de convencionalidade é a garantia de *efetividade* dos tratados,¹⁵ e para alguns autores pode ser realizado inclusive em face das normas constitucionais do Poder Constituinte originário.¹⁶ Afinal, no paradigma atual do Estado Constitucional e Convencional de Direito,¹⁷

¹⁰ A Corte IDH já decidiu que também as opiniões consultivas servem de parâmetro para o controle de convencionalidade (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 21/2014. Direitos e garantias de meninas e meninos no contexto de migração e/ou em necessidade de proteção internacional. Publicada em 19 ago. 2014. §31).

¹¹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. *Revista de Derecho Político*, n. 93, p. 321-381, maio/ago. 2015. p. 347.

¹² Art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

¹³ LEAL, Mônia Clarissa; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Conta. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n.1, p. 109-129, jan./abr. 2017. p. 111.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 167.

¹⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos*. Ideas fuerza rectoras. Madrid, 2016. 638 f. Tese pós-doutoral. Universidad Carlos III de Madrid; Universidad Externado de Colombia. p. 371.

¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009. p. 259.

¹⁷ No sentido do que afirma Jaime Orlando Santofimio Gamboa, o paradigma pós-estadualista fundamenta-se no conceito de convencionalidade: uma estrutura substancial e material de Direito, suportada por regras processuais aptas a dar cumprimento às finalidades de integração estatal mundial, reciprocidade e universalidade que ao fim e ao cabo direciona seus intentos à proteção do ser humano. Dentro do conceito incluem-se regras pactuadas

além de compatível com a Constituição, os atos normativos de qualquer espécie, bem como as ações e omissões de *qualquer autoridade estatal*¹⁸ devem ser compatíveis também com os tratados de direitos humanos vigentes para serem considerados válidos e produzirem os efeitos desejados. Quer dizer, ao lado da Constituição, os tratados internacionais de direitos humanos servem de parâmetro vertical de controle de normas jurídicas e atos materiais estatais.¹⁹

O controle de convencionalidade é factível desde que se compreenda as normas de tratados internacionais de direitos humanos em nível hierárquico no mínimo supralegal, posição consolidada pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante n. 25, proibitiva da prisão civil por dívidas, desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-SP. Assim, mesmo que se adote a tese majoritária do Supremo Tribunal Federal de hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos para os que não passaram pelo processo complexo de incorporação do art. 5º, § 3º da Constituição, existe uma verdadeira revolução das fontes jurídicas que exige dupla compatibilidade vertical material de normas. Isto é, “toda produção legislativa ordinária deve ser compatível (materialmente) com a Constituição bem como com o Direito Internacional dos Direitos Humanos”.²⁰

Não há dispositivo na Constituição ou na Convenção Americana que regulamente de forma expressa o controle de convencionalidade. Dita doutrina molda-se da interpretação conjunta do art. 1.1 e art. 2 do Pacto de São José.²¹ Caso o Estado não adote as medidas adequadas para preservar a normatividade da Convenção, outras medidas, inclusive administrativas e judiciais, devem ser tomadas. É dizer, a doutrina se apoia na interpretação de que na falha do Poder Legislativo de adequar o ordenamento para compatibilizá-lo com a Convenção, cabe aos outros Poderes estatais proceder no controle de convencionalidade das normas para garantir a preservação das normas convencionais que o Estado se comprometeu seguir.²² No entanto, para dar efetividade aos comandos da Convenção, é correto sustentar (ainda que como hipótese), um dever prévio do Poder Legislativo de realizar o con-

entre os Estados e aquelas derivadas do costume internacional. (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *El concepto de convencionalidad... Op. Cit.*, p. 26-29).

¹⁸ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 337.

¹⁹ MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRN, 2015. p. 245.

²⁰ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 108.

²¹ TORELLY, Marcelo. *Governança transversal dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 239-240.

²² A base da teoria é de raiz internacionalista, e assenta-se na responsabilidade do Estado pelo descumprimento dos compromissos assumidos. (BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ (RFD)*, Rio de Janeiro, v.1, n. 19, p. 1-39, jun./dez. 2011. p. 14).

trole de convencionalidade, sujeito à correção pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário, em paralelo e sem exclusividade de qualquer sujeito ou órgão.

3. Tipologia do controle de convencionalidade

Ordinariamente a doutrina diferencia duas modalidades de controle de convencionalidade: (a) concentrado, feito pela Corte IDH²³ e (b) difuso, feito por qualquer autoridade estatal, de qualquer Poder, no âmbito de suas competências.²⁴ Para além de uma faculdade, é um *dever* de todos os Poderes e órgãos de controle realizarem o controle difuso de convencionalidade. Entretanto, deve-se ter em mente que a orientação dada em controle concentrado de convencionalidade, em relação à *ratio decidendi*, deve ser seguida no controle difuso, dado que a Corte é a última intérprete da Convenção.²⁵ A fundamentação para o controle de convencionalidade no exercício de todas as funções de Estado encontra-se, em primeira mão, na jurisprudência da Corte IDH.

Foi a partir de 2006 que a Corte IDH consolidou a doutrina do controle difuso de convencionalidade.²⁶ Em 2007, no Caso Boyce e outros vs. Barbados, a Corte IDH distinguiu manifestamente o controle de constitucionalidade do controle de convencionalidade. Afirmou que não basta o Estado declarar uma lei de acordo com a Constituição para excluir vícios de validade da normativa. Há uma obrigação estatal de verificar a sua *convencionalidade*. No parágrafo 78 da sentença, a Corte manifestou que a “análise do CJCP [Comitê Judicial do Conselho Privado] não deveria ter se limitado a avaliar se a LDCP [Lei de Delitos do Estado contra a Pessoa] era inconstitucional. Mais adequado seria que a questão tivesse girado em torno de verificar se a lei também era ‘convencional’”.²⁷

O controle difuso ou controle interno de convencionalidade é aquele realizado *pele juiz nacional* quando da verificação da compatibilidade de normas nacionais com convenções internacionais de direitos humanos. Esse controle, segundo Sergio García Ramírez, é

²³ Marcelo Torelly recorda de exemplo mais recente de exercício de controle concentrado de convencionalidade pela Corte IDH, qual seja, a sentença do Caso Gomes Lund vs. Brasil, em que foi declarado expressamente que a lei de anistia brasileira careceria de efeitos jurídicos. (TORELLY, Marcelo. *Governança transversal... Op. Cit.*, p. 257).

²⁴ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 137-168, set./dez. 2015. p. 156; ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015. p. 31; HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad: adelantos y retrocesos. *Estudios constitucionales*, Talca, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 126; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control difuso... *Op. Cit.*, p. 173.

²⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *El concepto de convencionalidad... Op. Cit.*, p. 388-397.

²⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 95.

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso Boyce e outros vs. Barbados. Publicado em 20 nov. 2007.

feito inclusive em face da Constituição, o que reforça tese de supraconstitucionalidade dos tratados,²⁸ já explorada em outros trabalhos.²⁹

Mas não só o Judiciário deve realizar o controle de convencionalidade. Na medida em que se desenvolveu a doutrina do controle de convencionalidade, a Corte IDH passou a sustentar o caráter *erga omnes* das sentenças, “vinculando não apenas as partes diretamente interessadas mas também todas as autoridades e os funcionários públicos, judiciais, legislativos e administrativos do Estado acionado, bem como a defender que sua jurisprudência deve ser seguida em casos análogos de outros Estados (...)”.³⁰ Se no Caso Almonacid Arellano vs. Chile em que a Corte iniciou a doutrina do controle de convencionalidade a técnica era realmente reservada aos juízes,³¹ o progresso da doutrina levou ao alargamento dos responsáveis pelo controle. A expansão do controle de convencionalidade para *toda autoridade pública* e não só para o Poder Judiciário iniciou no Caso Gelman vs. Uruguai, em que a Corte IDH categorizou referido controle como “função e tarefa de qualquer autoridade pública e não só do Poder Judiciário”.³² Depois de repetir a doutrina no Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia,³³ mais recentemente no ano de 2014 o dever de toda autoridade pública de exercer o controle de convencionalidade foi reafirmado no Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana: “Finalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sem prejuízo do ordenado, que no âmbito de suas competências, ‘todas as autoridades e órgãos de um Estado parte da Convenção têm a obrigação de exercer um ‘controle de convencionalidade’”.³⁴ Segundo esse entendimento, não só o Judiciário, mas também a própria Administração Pública no exercício de sua função típica é competente para exercer o controle de convencionalidade. Esse conjunto de decisões abre margem para defesa do controle prévio de convencionalidade também pelo Poder Legislativo e todos os demais órgãos estatais intérpretes e aplicadores de normas jurídicas.

A Corte possui precedentes em que chega deixar de sugerir modificações legislativas e adequações no plano interno para ela mesma declarar nulidade de normas. Marcelo Torelly cita dois casos dignos de nota: Julia Gomes Lund e outros vs. Brasil e Gelman vs. Uruguai. Nesses casos há o exercício explícito de controle concentrado de convencionalidade pela

²⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. *Ius - Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, a. 5, n. 28, p. 123-159, jul./dez. 2011. p. 126.

²⁹ GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 3, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.67058

³⁰ TORELLY, Marcelo. *Governança transversal... Op. Cit.*, p. 261.

³¹ TORELLY, Marcelo. *Governança transversal... Op. Cit.*, p. 246.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Guelman vs. Uruguai. Publicado em 24 fev. 2011. §239.

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia. Publicado em 30 nov. 2012. § 142.

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana. Publicado em 28 ago. 2014. §497.

Corte.³⁵ A Corte posiciona, *na prática*, a interpretação por ela empreendida como hierarquicamente superior aos atos estatais domésticos, afirmando possuir poder de revisão.³⁶ Nesse aspecto, é relevante para uma teoria geral do controle de convencionalidade a definição dos critérios de compatibilização entre as decisões das autoridades nacionais com as decisões da Corte IDH.

Mais que isso. A partir dos precedentes da Corte IDH decorre a hipótese de que os agentes públicos poderiam declarar inválidas normas contrárias a tratados de direitos humanos, o que surtiria efeitos no mínimo *inter partes* em processos administrativos. Além disso, o Poder Legislativo poderia fazer o mesmo, seja em processos administrativos quando exerce função atípica administrativa, seja durante o processo legislativo, em caráter prévio antes da aprovação de emendas à Constituição, leis complementares e ordinárias, decretos legislativos e resoluções.

A definição dos procedimentos, métodos, critérios de validade, competências internas de cada estrutura orgânica estatal, efeitos e limites do controle de convencionalidade realizado por todas as funções estatais existentes integra o objeto de uma teoria geral do controle de convencionalidade, a ser edificada. Pois não há ainda na legislação ou doutrina nacional o aprofundamento desse assunto, tampouco os critérios e métodos que deveriam orientar os demais agentes públicos (além dos juízes) no exercício concreto do controle de convencionalidade. Nem mesmo há definição dos critérios de compatibilização entre as decisões das autoridades nacionais com as decisões da Corte IDH.

4. As linhas mestras para a construção de uma teoria geral do controle de convencionalidade no Brasil

O controle interno ou difuso de convencionalidade é manifestação do modo de ser dos ordenamentos que operam por meio de normas jurídicas. É dizer, desde que uma norma esteja internalizada, cumpre ao agente público (*qualquer agente público*) aplicá-la de acordo com os critérios próprios de cada sistema. O que naturalmente fazem os agentes públicos no âmbito de suas competências é analisar a hierarquia da norma e outros pressupostos de aplicação para, em caso de conflito insanável, fazer prevalecer a norma mais favorável ao ser humano (segundo determina o critério *pro persona*). A organização dos poderes de cada Estado é que determinará a competência anulatória que cada órgão tem ou não tem, bem como os efeitos da declaração.

Mas em todo caso, no mínimo *deixar de aplicar* uma norma inconveniente é *dever de qualquer agente, de qualquer poder estatal*. Isso decorre da força normativa dos tratados de direitos humanos. Se os tratados são, como de fato são no Brasil, normas jurídicas válidas, devem ser aplicados. Aliás, o Estado, que se manifesta por meio dos seus agentes,

³⁵ TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade... *Op. Cit.*, p. 344-345.

³⁶ TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade... *Op. Cit.*, p. 347.

obrigou-se ao cumprimento das normas internacionais incorporadas. Nesse sentido, o fundamento normativo para o controle difuso de convencionalidade pela Administração Pública e Poder Legislativo estão no próprio sistema jurídico. São eles: (i) o art. 27 da Convenção de Viena, que veda a invocação de normas internas para negar aplicação do Direito Internacional internalizado por parte de qualquer órgão estatal;³⁷ (ii) o art. 29 da Convenção Americana, que institui o princípio *pro persona*, cuja incidência obriga aos agentes estatais a aplicação e interpretação de normas de modo a dar maior eficácia às normas de direitos humanos internalizadas;³⁸ (iii) o art. 2 da Convenção Americana, que obriga aos Estados através de *medidas de qualquer caráter* fazer cumprir o pacto internacional. Entre essas medidas estão os provimentos jurisdicionais,³⁹ mas também os atos administrativos e legislativos. Portanto, a construção jurisprudencial da Corte IDH é sustentada pelas normas convencionais do tratado que regula o modo de aplicação dos tratados, internalizada no Brasil desde 2009, e pela Convenção Americana, internalizada desde 1992.

Independentemente do sistema de controle de constitucionalidade próprio de cada país, o dever de preservar a eficácia *dos tratados de direitos humanos* incorporados é impositivo a todo agente público, no exercício de qualquer função. Todo juiz deve exercer o controle de convencionalidade, desde que observada a competência “pela matéria, pela hierarquia e pelo território que tenham no âmbito interno, sem que nisso tenha qualquer condicionante a competência que possam ter em matéria de controle de constitucionalidade, o que é outra coisa”.⁴⁰ A conclusão vale para todo agente de Estado no exercício de todas as funções.

Os contornos da atuação de cada função estão pendentes de regulamentação. Afinal, nem a Corte IDH nem a doutrina ou jurisprudência brasileiras detalharam ainda como se deve exercer na prática o controle, nem mesmo quando se trata do controle de convencionalidade judicial. O controle de convencionalidade difuso obedece às competências e regulações processuais de cada Estado,⁴¹ o que no complexo sistema de controle e divisão de competências vigente no Brasil pode ser classificado como tarefa árdua e carente de desenvolvimento.

O que se pode desde logo rascunhar é que todas as funções estatais exercidas pelos Poderes da República (judicial, administrativa e legislativa), bem como órgãos não identificados classicamente dentro de algum daqueles Poderes, devem obrigatoriamente realizar de ofício o controle de convencionalidade de atividades, atos e normas jurídicas. Essa não é uma atividade reservada ao Poder Judiciário, de modo que as demais funções estatais podem afastar a aplicação de normas jurídicas independentemente da atuação jurisdicional.

³⁷ SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Diálogo entre tribunais... *Op. Cit.*, p. 277.

³⁸ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Reflexiones sobre el control difuso... *Op. Cit.*, p. 317-318.

³⁹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 338.

⁴⁰ BREWER-CARIÁS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Control de convencionalidad...* *Op. Cit.*, p. 63.

⁴¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno... *Op. Cit.*, p. 150-151; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Reflexiones sobre el control difuso... *Op. Cit.*, p. 311.

A verificação de compatibilidade com convenções internacionais de direitos humanos, e sua consequente não aplicação, deve necessariamente ocorrer por meio de processos judiciais, administrativos e legislativos (em virtude da garantia do art. 5º, LIV da Constituição).⁴²

(i) Em processos judiciais, em regra o afastamento da aplicação de normas ocorrerá com efeitos *inter partes*, obedecidas as normas processuais de cada ramo jurídico (processual civil ou processual penal). Em processos de controle concentrado de constitucionalidade, o controle de convencionalidade ocorre com *efeitos erga omnes*, à luz da disciplina jurídica para processos de controle abstrato de normas.

(ii) Em processos administrativos, conduzidos pela Administração Pública ou órgãos de controle, os efeitos serão *inter partes*, salvo quando o controle acontecer em face de atos administrativos normativos abstratos, ocasião em que os efeitos são *erga omnes*.

(iii) No processo legislativo, os efeitos em regra serão *erga omnes*, de acordo com as regras próprias de cada Poder Legislativo de cada ente federado, para cada espécie normativa produzida.

Esse modelo proposto, inacabado e sujeito a aperfeiçoamento, pressupõe que o exercício do controle de convencionalidade consiste em dever de cada função e órgão estatal, como imposição lógica e jurídica dos Sistemas Internacionais de Direitos Humanos (nenhum país adota um tratado para descumpri-lo). Aliás, o art. 27 da Convenção de Viena, vigente no Brasil, veda a invocação de normas internas para negar aplicação do Direito Internacional internalizado por parte de qualquer órgão estatal brasileiro, sendo ele norma internacional de Direitos Humanos de aplicação obrigatória, tal como é obrigatória a consideração da jurisprudência internacional em relação à *ratio decidendi* de seus julgados internacionais. Há, no entanto, hipótese de limites objetivos para o controle de convencionalidade, próprios do sistema jurídico brasileiro. Embora haja obrigação de realizar o controle de convencionalidade, pelo menos a princípio, o que também está sujeito a reflexão, o sistema de controle jurisdicional brasileiro garante a palavra final sobre as controvérsias ao Poder Judiciário, desde que provocado (art. 5º, XXXV da Constituição).⁴³ Ou seja, quando houver coisa julgada jurisdicional sobre determinado assunto envolvendo convencionalidade de norma, há interdição de controle pelas demais funções.

5. Conclusão

O objetivo geral de uma teoria geral do controle de convencionalidade hoje no Brasil é especificar as condições detalhadas para a realização prática daquele controle. Esse objetivo

⁴² (Constituição Federal) "Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal."

⁴³ (Constituição Federal) "Art. 5º, XXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

demanda demonstrar a fundamentação daquele dever, suas consequências, o seu modo de realização de acordo com cada função estatal e os limites envoltos a ele. Em outras palavras, as tarefas pendentes para o Direito Internacional dos Direitos Humanos hoje no Brasil são: **(i)** identificar as relações hierárquicas e não hierárquicas entre os tratados internacionais de direitos humanos e demais normas jurídicas nacionais no ordenamento jurídico brasileiro, fundamentando e propondo a prevalência das primeiras em situações de conflito insolúvel, respeitado o critério *pro persona*; **(ii)** analisar o grau de obrigatoriedade da jurisprudência internacional na interpretação e aplicação de normas jurídicas convencionais no Brasil, de modo a propor critérios objetivos de vinculação e/ou afastamento das posições prevalentes nas Cortes Internacionais; **(iii)** revelar as consequências e propor critérios de aferição dos efeitos da invalidação de atos e normas no exercício do controle de convencionalidade, à luz do sistema jurídico brasileiro; **(iv)** propor as condições de exercício do controle de convencionalidade para cada órgão estatal, respeitadas as funções exercidas por cada qual e a distribuição constitucional e legal das competências estatais; **(v)** propor critérios de compatibilização de decisões de inconvenção tomadas por cada instância de controle, de modo a identificar os limites da tomada de decisão quanto ao seu conteúdo e quanto ao tempo de sua edição.

Este trabalho pretendeu esboçar algumas respostas iniciais para parte dessas perguntas e outras ainda pertinentes ao desenvolvimento do controle de convencionalidade no Brasil, infelizmente ainda um ilustre desconhecido.

Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. **Revista de Derecho Político**, n. 93, p. 321-381, maio/ago. 2015.

ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015.

BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ (RFD)**, Rio de Janeiro, v.1, n. 19, p. 1-39, jun./dez. 2011.

BREWER-CARÍAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. *In*: **El constitucionalismo contemporáneo: homenaje a Jorge Carpizo**. México: UNAM, 2013. p. 67-98.

CONTESSÉ, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 15, n. 2, p. 414-435, abr. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Relator Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. Publicado em 26 set. 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Boyce e outros vs. Barbados. Publicado em 20 nov. 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cabrera García vs. México. Publicada em 26 nov. 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana. Publicado em 28 ago. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Guelman vs. Uruguai. Publicado em 24 fev. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Publicado em 30 jan. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia. Publicado em 30 nov. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Rosendo Cantú e outra vs. México. Publicado em 31 ago. 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores Cessados do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru. Publicado em 24 nov. 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 21/2014. Direitos e garantias de meninas e meninos no contexto de migração e/ou em necessidade de proteção internacional. Publicada em 19 ago. 2014.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo: especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigaciones Constitucionales**. Curitiba, v.1, n.2, p. 103-130, maio/ago. 2014.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor; VALADÉS, Diego (Coord.). **Formación y perspectiva del Estado mexicano**. Ciudad de México: El Colegio Nacional-UNAM, 2010.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. In: **Opus Magna Constitucional Guatemalteco**. Tomo III. Guatemala. Instituto de Justicia Constitucional, 2010. p. 303-304.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. **Ius - Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, Puebla, a. 5, n. 28, p. 123-159, jul./dez. 2011.

GARGARELLA, Roberto. **Sin lugar para la soberanía popular**: democracia, derechos y castigo en el caso Gelman. 2012. Disponível em: <https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf>.

GOMES, Eduardo Biacchi. Controle de convencionalidade nos processos de integração - democracia e Mercosul (a construção de uma tese). **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 13, n. 52, p. 231-245, abr./jun. 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional**: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. O direito humano à comunicação prévia e pormenorizada das acusações nos processos administrativos: o desprezo do Superior Tribunal de Justiça ao Pacto de San José da Costa Rica e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, v. 12, p. 589-610, 2015.

HACHEM, Daniel Wunder; BONAT, Alan Luiz. O direito ao desenvolvimento de um projeto de vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a educação como elemento indispensável. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 15, p. 77-105, 2017.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 137-168, set./dez. 2015.

HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad: adelantos y retrocesos. **Estudios constitucionales**, Talca, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015.

LEAL, Mônia Clarissa; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Conta. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n.1, p. 109-129, jan./abr. 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRN, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogos entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Belo Horizonte, n. 19, jan./jun. 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMINA, Larissa. Framing the concept of TWAIL: Third World Approaches to International Law? **Revista Justiça do Direito**, v. 32, n. 1, p. 5-26, jan./abr. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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, jan./dez. 2011/2012.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009.

- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad**: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Madrid, 2016. 638 f. Tese pós-doutoral. Universidad Carlos III de Madrid; Universidad Externado de Colombia.
- SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Diálogo entre tribunais e proteção de direitos humanos: dificuldades e perspectivas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 16, n. 66, p. 267-282, out./dez. 2016.
- SLOSS, David; ALSTINE, Michael Van. **International Law in Domestic Courts**. 2015. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/889>>.
- TORELLY, Marcelo. **Governança transversal dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Referências provisórias da pesquisa anunciada

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALVES, Roberta Emanuelle Rosa. A Corte Interamericana de Direitos Humanos na defesa das liberdades fundamentais. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2013.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A integração regional: perspectivas e aspirações. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 3, n. 11, jan./mar. 2003.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O procedimento e o processo administrativo no sistema jurídico brasileiro. In: SALOMONI, Jorge Luis; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESIN, Domingo J. **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales**: jerarquía, impacto y derechos humanos. Buenos Aires: Ad-hoc, 2006. p. 33-55.
- BERNARDES, Marcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. **Revista Internacional de Direitos Humanos - SUR**, São Paulo, v. 8, n. 15, dez. 2011. p. 135-155.
- BICALHO, Luís Felipe. A análise comparativa dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: particularidades sistêmicas e o delineamento de uma racionalidade uniforme. **Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, n. 14, v. 1, p. 42-64, 2011.
- BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 133-66, maio/ago. 2015.
- CAMPOS, Germán J. Bidart. **Teoría general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1991.
- CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: **El constitucionalismo contemporáneo**: homenaje a Jorge Carpizo. México: UNAM, 2013. p. 67-98.
- COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos**: a Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil. Curitiba: Juruá, 2008.

COLANTUONO, Pablo Á. Gutiérrez. Tratados de derechos humanos e internacionalización del Derecho Administrativo. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, a. XXIX, n. 348, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 63-80, set. 2007.

DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FACHIN, Edson Luiz. Notas para um ensaio sobre a posição jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil após a reforma constitucional. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). **Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 153-163.

FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FRAGA, Mirtô. A obrigatoriedade do tratado na ordem interna. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 41 n. 162, p. 311-328, abr./jun. 2004.

FRANCO, Enrique Rojas. Los tratados internacionales como fuente de derecho. In: **Fuentes del derecho administrativo: tratados internacionales, contratos, como regla de derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo**. In: MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana *et alii* (Coord.). Buenos Aires: RAP, 2010. p. 295-312.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas do Direito Internacional Público: Jus Cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. **El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentário à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GORDILLO, Agustín Alberto *et al.* **Derechos humanos**. 6. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007.

GUSSOLI, Felipe Klein. Controle de convencionalidade de ofício pela Administração Pública no exercício de sua função típica. **Revista Jurídica (FURB)**, Blumenau, v. 24, n. 53, jan./abr. 2020.

GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 3, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.67058

GUSSOLI, Felipe Klein. Releitura do regime jurídico-administrativo e a teoria do melhor direito: impactos da convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, a. 18, n. 28, p. 43-68, maio/ago. 2020. DOI: < 10.12662/2447-6641oj.v18i28.p43-68.2020 >

HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. **Revista IIDH**, San José, v. 39, p. 71-99, 2004.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos. **Revistas de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 137-168, set./dez. 2015.

HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad: adelantos y retrocesos. **Estudios constitucionales**, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015.

KNOP, Karen. Here and there: International law in domestic courts. **New York University Journal of International Law and Politics**, New York. v. 32. n. 2, p. 501-535, 2000.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. In: FIX-ZAMUDIO, H; VALADÉS, D (Org.). **Formación y perspectiva del Estado mexicano**. Ciudad de Mexico: El Colegio Nacional-UNAM, 2010. p. 151-188.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. In: **Opus Magna Constitucional Guatemalteco**. Tomo III. Guatemala. Instituto de Justicia Constitucional, 2010. p. 291-333.

MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ESLNER, Gisela (Org.). **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional**. Tomo II. Berlin: Konard Adenauer, 2011. p. 435-455.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. **Revista Internacional de Direitos Humanos - SUR**, São Paulo, v. 10, n. 18, p. 215-235, jun. 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Poder Legislativo e os tratados internacionais: o *treaty making power* na Constituição brasileira de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 38 n. 150, p. 27-53, abr./jun. 2001.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RAMINA, Larissa. A Convenção Interamericana contra a corrupção: uma breve análise. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v.6, n.6, jul./dez. 2009.

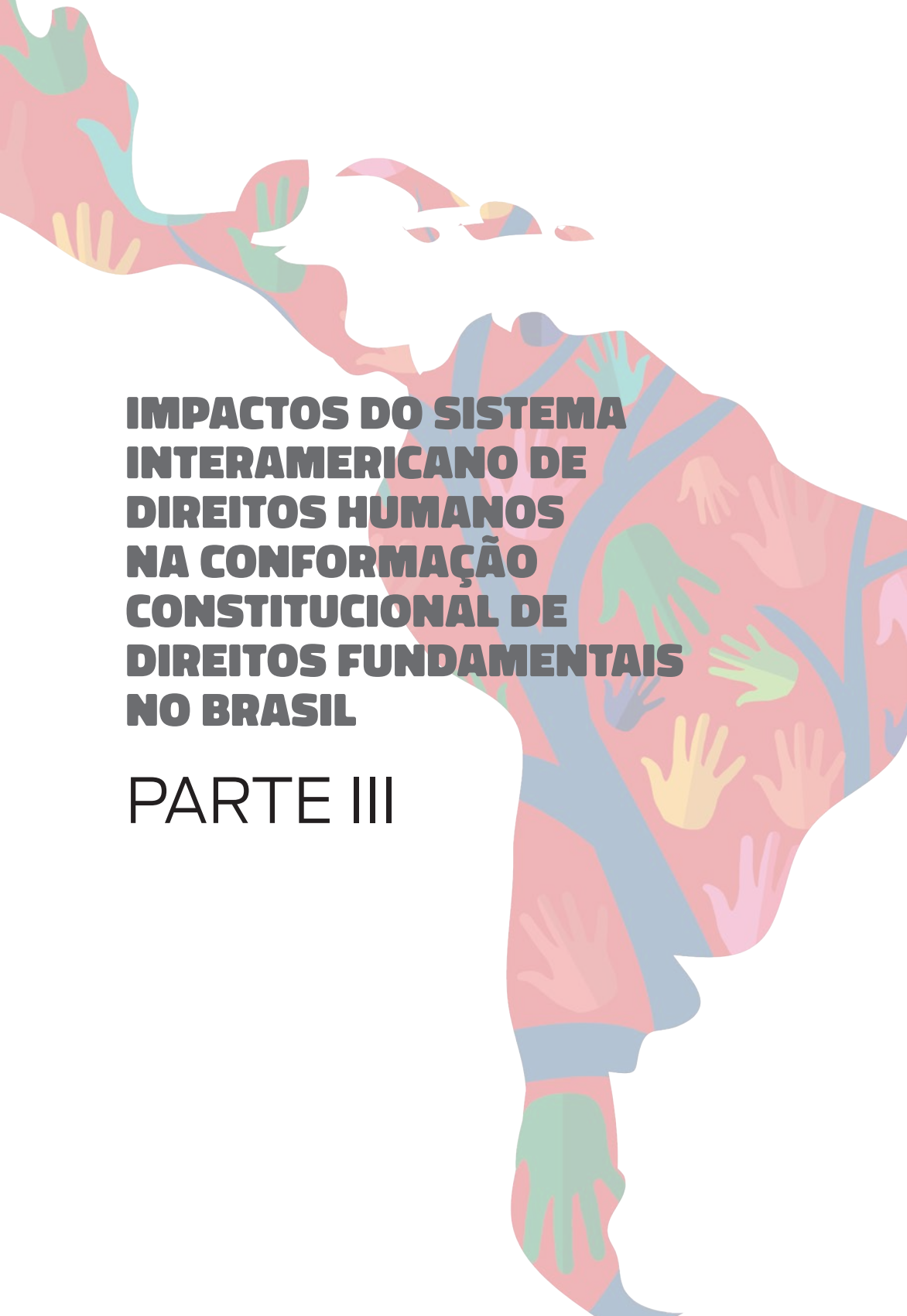
RAMINA, Larissa. **Direito Internacional Convencional**: tratados em geral, tratados em matéria tributária e tratados de direitos humanos. Ijuí: Editora da Unijuí, 2006.

RAMINA Larissa. Tratamento jurídico internacional da corrupção: a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais da OCDE. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 39, 2003.

RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. **Ius - Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, Puebla, a. 5, n. 28, p. 123-159, jul./dez. 2011.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 241-286, jan./dez., 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

A stylized map of South America, primarily in shades of red and pink, with blue lines representing rivers. The map is overlaid with numerous colorful handprints in various colors (green, yellow, orange, pink, blue) and sizes, symbolizing human rights and diversity. The text is positioned on the left side of the map.

**IMPACTOS DO SISTEMA
INTERAMERICANO DE
DIREITOS HUMANOS
NA CONFORMAÇÃO
CONSTITUCIONAL DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS
NO BRASIL**

PARTE III

DIREITOS POLÍTICOS E LIMITES À SUA REGULAMEN- TAÇÃO: PADRÕES CONVENCIONAIS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

AMANDA GUIMARÃES DA CUNHA*
ENEIDA DESIREE SALGADO**

SUMARIO: 1. Introdução; 2. Direito de sufrágio como conjunto de direitos e oportunidades essenciais à democracia nas américas: o Caso *Yatama vs. Nicaragua*; 3. O dever de garantir oportunidades efetivas ao gozo dos direitos políticos e os limites de regulamentação dos sistemas políticos aos estados: o Caso *Castañeda Gutman vs. México*; 4. A restrição a direitos políticos em processos sancionatórios: os casos *Lopez Mendoza vs. Venezuela*, *Arguelles y otros vs. Argentina* e *Petro Urrego vs. Colombia*; 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Desde a modernidade, não se admite - ao menos normativa e teoricamente - que o exercício do poder político se dê sem o consentimento daquelas e daqueles que são atingidos por suas decisões. Assim, a participação política acaba por integrar uma dimensão da autodeterminação, característica da subjetividade moderna, e o direito de votar e de se apresentar como alternativa ao eleitorado impõe o reconhecimento da igualdade política.

Até que todas as pessoas adultas fossem incorporadas nesta igualdade, no entanto, foi necessário um árduo processo de lutas, conquistas e retrocessos. Além disso, o reconhecimento formal da cidadania ampla e de tratamento igual perante a lei pelo constitucionalismo liberal não implicou em modificação da realidade fática de submissão de grande parte da população, com sua exclusão da tomada de decisões. Filtros sociais, culturais e econômicos se mantiveram (e se mantêm), e a autodeterminação política é garantida somente aos homens brancos e proprietários¹.

* Pós-Graduada em Direito Eleitoral e Membro-pesquisadora do Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos pela Universidade do Vale do Itajaí (Itajaí-SC, Brasil). Pós-Graduada em Ciências Penais. Graduada em Direito.

** Professora de Direito Constitucional e Direito Eleitoral da Universidade Federal do Paraná (Curitiba- PR, Brasil). Doutora em Direito pela UFPR. Pesquisadora líder do Núcleo de Investigações Constitucionais.

¹ PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. p. 15-37.

Nem mesmo o constitucionalismo social e sua renovação após as experiências totalitárias foram capazes de fazer frente às restrições materiais à igualdade política. Apesar da ampliação no rol de direitos, com a inclusão de tarefas do Estado para a promoção da igualdade material, a política permanece ocupada por uma parcela muito pequena da população. A produção do Direito e das políticas públicas, assim, deixa de corresponder a todo o povo, deixa de ser propriamente consentida pela maioria da população.

O constitucionalismo liberal social que passou pelos totalitarismos do século XX encontrou reforço em um sistema internacional de defesa de direitos, que instituiu, para além das fronteiras nacionais, um âmbito de proteção a nível regional e global. Os Estados nacionais adotaram tratados, que estabeleceram uma relação íntima entre a democracia e a proteção de direitos individuais e coletivos contra a atuação do poder público. A nível regional, o Brasil está inserido no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), composto pela Comissão (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CortelDH), cujo vínculo indissociável entre democracia e direitos humanos é pautado por um feixe interpretativo consignado na própria proteção aos direitos políticos fundamentais².

Embora usualmente a atenção se dirija aos direitos de liberdade, e haja uma certa resistência em reconhecer a fundamentalidade dos direitos políticos³, os direitos de participar nos assuntos públicos, votar e colocar-se como alternativa ao eleitorado, estão expressamente protegidos no artigo 23 da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (CADH), documento nuclear do sistema.

Além de reconhecer regras mínimas em matéria de direito de sufrágio, a CADH estabelece três diferentes dimensões de participação democrática, reconhecendo tanto aos cidadãos o direito ao gozo dos direitos que enumera, como determinando que o Estado viabilize oportunidades para o seu exercício. Anuncia também, de forma taxativa, o conjunto de restrições possíveis ao exercício desses direitos, característica particular diante de todos sistemas internacionais de proteção. E o faz nos seguintes termos:

² "São elementos essenciais da democracia representativa, entre outros, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, o acesso ao poder e seu exercício com sujeição ao Estado de Direito, a celebração de eleições periódicas, livres, justas e baseadas no sufrágio universal e secreto como expressão da soberania do povo, o regime pluralista de partidos e organizações políticas, e a separação e independência dos poderes públicos." ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta Democrática Interamericana**. Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001 durante el Vigésimo Octavo Período de Sesiones. Art. 3º Disponível em: http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democratic_Charter.htm.

³ SALGADO, Eneida Desiree. A elegibilidade como direito político fundamental, as inelegibilidades retroativas da Lei Complementar 135/10 e a (in)decisão do Supremo Tribunal Federal. in: Roberta Corrêa de Araújo Monteiro; André Vicente Pires Rosa. (Org.). **Direito Constitucional** - Os Desafios Contemporâneos - Uma Homenagem ao Professor Ivo Dantas. 1ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 194-218. SALGADO, Eneida Desiree; BERTOTTI, B. M. A multifuncionalidade dos direitos fundamentais políticos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista do Direito** (Santa Cruz do Sul. Online), v. 3, p. 81-105, 2018.

Artigo 23. Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

Não obstante, o verdadeiro alcance destas cláusulas convencionais é delimitado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) quando provocada a emitir uma opinião consultiva e especialmente para se manifestar diante de um caso contencioso. A CorteIDH se manifestou, *in fine*⁴, somente em cinco ocasiões: *Caso Yatama vs. Nicaragua* (Série C, n. 127, 2005), *Castañeda Gutmán vs. México* (Série C, n. 184, 2008), *Lopez Mendoza vs. Venezuela* (Série C, n. 233, 2011), *Arguelles y Otros vs. Argentina* (Série C, n. 288, 2014) e *Petro Urrego vs. Colômbia* (Série C, n. 403, 2020).

Sendo assim, considerando a necessidade de afirmar e reafirmar o âmbito de proteção destes direitos fundamentais por excelência, especialmente em virtude da persistência da má representação política no cenário latinoamericano, este artigo tem por objetivo descrever o *status* de proteção convencional aos direitos políticos no âmbito do SIDH.

Para fins didáticos, a discussão será organizada de forma cronológica, a partir da leitura feita pela CorteIDH nos cinco casos contenciosos citados. Esta sequência foi determinada a fim de se extrair corretamente, a partir dos precedentes indicados, aquilo que se pode chamar de *padrões*⁵ interpretativos aos direitos políticos (*res interpretata*)⁶. Tais balizas

⁴ Estes casos selecionados são aqueles em que a CorteIDH analisou de forma central a violação a direitos políticos relacionados ao funcionamento do processo eleitoral. Foram excluídos deste trabalho casos em que os direitos políticos foram tratados de forma tangencial pela CorteIDH, os quais estão relacionados ao direito de igualdade no acesso a cargos e empregos públicos (art. 23.1.c), em contextos como o desaparecimento forçado de opositores políticos da época ditatorial (*Caso Chitay Nech y Otros vs. Guatemala*), demissão de funcionários públicos por causa de manifestações políticas (*Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*), destituição de juízes provisórios (*Caso Apitz Barbera y Otros - "Corte Primera de lo Contencioso Administrativo"* e *Trujillo Oroza vs. Bolívia*), e impeachment de juízes de tribunais constitucionais (*Caso Tribunal Constitucional vs. Peru e Del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros) vs. Ecuador*).

⁵ A literatura especializada, por ser maioria espanhola, costuma se referir às diretrizes emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos na sua atividade interpretativa como "*estándar*", inclusive a própria. No Brasil, sem que se saiba o porquê, o termo costumeiramente usado é o inglês "*standard*", ou formas adaptadas como "*standart*". Neste trabalho, optou-se por utilizar a tradução literal para o termo em português "padrão" para nos referirmos aos *estándares* emanados deste tribunal internacional.

⁶ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay). *Estudios Constitucionales*, a. 11, n. 2, p. 641-694, 2013.

devem ser observadas pelos Estados-parte, que possuem o dever de realizar o controle de convencionalidade e de readequar suas diretrizes internas àquelas fixadas, buscando construir um verdadeiro *ius commune* em matéria de proteção⁷.

2. Direito de sufrágio como conjunto de direitos e oportunidades essenciais à democracia nas américas: o Caso *Yatama vs. Nicaragua*

O direito à participação na formação da direção dos assuntos políticos previsto no art. 23.1.a, da CADH, para além de reconhecer o exercício de liberdades oponíveis em relação ao Estado, possui uma dupla função hermenêutica no enfeixamento dos direitos políticos: de um lado, exerce uma função de legitimação do exercício da autoridade estatal (representação fruto de “livre” escolha do corpo eleitoral); por outro lado, exige que o Estado maximize as oportunidades para que a cidadania possa participar no processo de formação da vontade estatal⁸.

Além disso, o art. 23.1.b determina que o gozo do direito (e oportunidades) “de votar e de ser eleito” seja assegurado através da realização de eleições que atendam às seguintes exigências: (i) periodicidade (“eleições periódicas”), (ii) universalidade (“realizadas por sufrágio universal”); (iii) igualdade de participação; e (iv) autenticidade (garantida, entre outras coisas, pelo voto secreto)^{9 10}.

⁷ SAGUES, Nestor Pedro. El “control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano. In BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (org.). **La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?** v. 2. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010. p. 449-468 Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2895/15.pdf>.

⁸ Em seu voto concorrente no *Caso Yatama vs. Nicaragua* (2005, §13), o Juiz Diego García-Sayán, acerca dessa natureza expansiva do direito de participação na direção dos assuntos públicos consignou que este direito: “*incluye un espectro muy amplio de ingredientes que puede ir desde el derecho a promover la revocatoria de autoridades elegidas, fiscalizar la gestión pública, acceder a información pública, plantear iniciativas, expresar opiniones, etc. En efecto, la conceptualización amplia y general del derecho a “participar en la dirección de los asuntos públicos”, tal cual se encuentra literalmente expresado en la Convención, se ha afinado y ampliado.*”

⁹ Sobre a definição de autenticidade eleitoral como princípio com carga normativa diretiva, sob uma perspectiva da ordem constitucional brasileira, este pode ser relacionada diretamente com “a exigência constitucional de eleições livres e limpas, de garantia de opções reais ao eleitor, de ampla liberdade de expressão e informação e de formação do voto livre de vícios” e com a “a existência de um sistema de verificação de poderes que assegure a lisura do processo eleitoral” SALGADO, Eneida Desiree. Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: uma proposta. **Estudos Eleitorais**, v. 6 n. 3, 2011, 107-108.

¹⁰ Manuel Aragón após empreender vigorosa análise comparativa do sufrágio ativo e passivo nos Estados latino-americanos refere-se a esse conjunto de garantias institucionais gerais ao exercício da democracia como “*una especie de derecho electoral común (o transnacional) que obedece a unos mismos principios generales y que, por ello, se proyectan en todos los ordenamientos pertenecientes a la forma de Estado constitucional democrático de derecho. Tales principios son, esencialmente, la primacía del sistema representativo, la neutralidad de las organizaciones electorales, la libertad de presentación de candidaturas, la igualdad de oportunidades de los candidatos, la universalidad, igualdad, libertad y secreto del sufragio y, en fin, la judicialización del sistema de controles y de verificación de la regularidad de la elección.*” ARAGON, Manuel. Derecho de sufragio: principio

Esse dever dos Estados em conferir reais e efetivas oportunidades para que toda a cidadania, observadas as suas especificidades, pudesse exercer o direito de participação democrática, em especial, o de concorrer em condições de igualdade em eleições periódicas, foi enfrentando pela CortelDH pela primeira vez uma situação em que se alegava a existência de violação frontal ao direito de elegibilidade no *Caso Yatama vs. Nicaragua*.

Neste caso, a CortelDH analisou alegada violação aos direitos de participação política dos integrantes da comunidade indígena *Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka – YATAMA*, que foram impossibilitados de participar do pleito municipal realizado no ano de 2000.

A CortelDH reconheceu que houve violação ao direito de participação da coletividade indígena porquanto a exigência de que os candidatos fossem registrados através de partidos políticos de abrangência nacional afigurava-se incompatível com a forma tradicional de organização daquelas comunidades, reconhecidas pela própria Constituição nacional e legislação eleitoral anterior¹¹. A violação ao direito de participar destas comunidades ficou ainda mais evidente quando a CortelDH constatou que, naquele pleito, os integrantes do grupo *YATAMA* encontraram-se materialmente impedidos de se articular (e atender às exigências legais para constituição de partido político nacional), por ter sido a alteração eleitoral implementada sem que aquele grupo tivesse tempo hábil de adequar-se às novas exigências¹².

Não obstante, as próprias exigências legais para formação e composição deste partido político acabaram se tornando cláusulas de barreiras materialmente intransponíveis para aquela comunidade, conferindo-lhes um tratamento desigual^{13 14}.

y función. In: NOHLEN, D. y otros (eds.) **Tratado de derecho electoral comparado de América Latina**. 2. ed. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, 2007 p. 179.

¹¹ “*La restricción de participar através de un partido político impuso a los candidatos propuestos por YATAMA una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas (supra párr. 205) que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000. El Estado no ha justificado que dicha restricción atienda a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo. Por el contrario, dicha restricción implica un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integran YATAMA*”. CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso YATAMA vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Série C, No. 127. §218 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

¹² “[...] *Esa nueva Ley Electoral entró en vigencia aproximadamente nueve meses antes del día estipulado para la celebración de las elecciones, en el primer proceso electoral que se realizaba bajo su vigencia. [...]*” CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso YATAMA vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Série C, No. 127. §209 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

¹³ LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. A inconveniência da PEC n. 36/2016 por violação aos direitos de participação política: uma análise das cláusulas de barreira a partir do Caso Yatama Vs. Nicaragua. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 23, n. 2, p. 138-160, mai/ago 2018, p. 153.

¹⁴ “124.22) *El artículo 65.9 de la Ley Electoral de 2000 establece que para obtener personalidad jurídica un partido político debe “[p]resentar documento debidamente autenticado que contenga el respaldo de al menos el tres*

Neste primeiro caso, a CortelDH fixou as primeiras balizas em matérias de direitos políticos, que se tornaram critérios hermenêuticos com potencial heurístico de informar a compreensão da dimensão e do alcance destes direitos consagrados na CADH. É possível identificar ao menos cinco deles que permitem construir um regime de proteção dos direitos políticos (em geral) e os direitos de sufrágio (em particular) no âmbito das Américas.

Primeiramente, conforme já apontado brevemente de forma introdutória, de que há um **vínculo essencial** entre os “direitos políticos protegidos na Convenção Americana” e “o fortalecimento da democracia e do pluralismo político”¹⁵.

Segundo, de que quaisquer regulamentações que se adotem sobre direitos políticos não podem se converter em impedimento para que as pessoas participem efetivamente das decisões ou administração do Estado, ou que torne essa participação ilusória (proteção formal), privando esses direitos de seu conteúdo essencial¹⁶. Do contrário, a CortelDH deixou claro que o dever do Estado é justamente gerar as condições e mecanismos para que os direitos políticos possam ser exercidos de forma efetiva, respeitando o princípio da igualdade e não discriminação¹⁷, em face da expressão “**oportunidades**” ao gozo de direitos de natureza política (art. 23.1).

Esse dever do Estado em garantir oportunidades tem relação direta com o direito ao acesso às funções públicas (art. 23.1.c), tendo em vista que as **condições gerais de igualdade** a ela associadas referem-se “ao acesso à função pública tanto por eleição popular como por nomeação ou designação”.¹⁸

*por ciento (3%) de firmas de ciudadanos, correspondiente al total de registrados en el Padrón Electoral de las últimas elecciones nacionales” [...] 124.24) El artículo 82 de la Ley Electoral de 2000 establece que para las elecciones municipales los partidos políticos deben inscribir candidatos “al menos en el ochenta por ciento (80%) de los municipios [...] y] al menos el ochenta por ciento (80%) del total de las candidaturas”. CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso YATAMA vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Série C, No. 127. §218 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.*

¹⁵ “[...] os derechos políticos protegidos en la Convención Americana, (...), propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político.” CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso YATAMA vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Série C, No. 127. §192 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

¹⁶ “De acuerdo al artículo 29.a) de la Convención no se puede limitar el alcance pleno de los derechos políticos de manera que su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de ésta se conviertan en un impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o se torne ilusoria dicha participación, privando a tales derechos de su contenido esencial CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso YATAMA vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Série C, No. 127. §204 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

¹⁷ “Es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.” CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso YATAMA vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Série C, No. 127. §195 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

¹⁸ “El derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices

No que diz respeito ao exercício de sufrágio, a CortelDH consignou que o exercício dos **direitos a votar e ser votado** (leia-se colocar-se à disposição do eleitorado^{19,20}) estão intimamente ligados entre si, sendo a expressão das dimensões individual e social da participação política²¹. Com isso, conecta as duas facetas no mesmo patamar normativo, não fixando qualquer relação de precedência entre um direito e outro. Inaplicável pois a constante dissociação que é feita entre o direito de concorrer a cargos públicos (*ius honorum*) de um direito “maior” ao voto (*ius suffragii*)²², porquanto ambos são duas faces do mesmo direito de sufrágio.

Não à toa, a CortelDH vai além: esta relação se dá tão intimamente que a restrição de um a atinge diretamente a esfera do outro. O cerceamento do direito à candidatura não afeta somente aquele partido ou candidato que deixou de concorrer ao pleito, mas também o próprio eleitorado, que teve sua expressão de liberdade e vontade de escolha reduzida pela ausência das candidaturas que seriam propostas pelo partido **YATAMA**.²³

Sendo assim, o direito específico de sufrágio é reconhecido em sua dupla dimensão, tanto ativa quanto passiva; o binômio “direito de votar” e “direito à elegibilidade” se apresenta

políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación.” CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso YATAMA vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Série C, No. 127. §200 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

¹⁹ “*La participación mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello*” CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso YATAMA vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Série C, No. 127. §199 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

²⁰ Na medida que uma pessoa, para ser eleita, tem que primeiramente ser declarada candidata, o exercício do sufrágio passivo significa, em primeiro lugar, o direito a se apresentar como candidato/a em uma eleição (ARAGON REYES, Manoel. **Democracia y representación**. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio. Cortes: Anuario de derecho parlamentario, ISSN 1136-3339, n. 9, pag. 41. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=914043> 1998, p. 90).

²¹ “*El ejercicio de los derechos a ser elegido y a votar, intimamente ligados entre sí, es la expresión de las dimensiones individual y social de la participación política*” CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso YATAMA vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Série C, No. 127. §197 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

²² Como se extrai da ementa da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no célebre julgamento que reafirmou a constitucionalidade das alterações na Lei de Inelegibilidades brasileira (LC n. 64/90) pela famigerada Lei Complementar n. 135/10, vulgarmente chamada de Lei da Ficha Limpa: “7. O exercício do *ius honorum* (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares.” (STF, ADC n. 29 e 30, ADI n. 4578, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17.2.2012)

²³ “[...] *En el presente caso, la referida exclusión significó que los candidatos propuestos por YATAMA no figuraran entre las opciones al alcance de los electores, lo cual representó directamente un límite al ejercicio del derecho a votar e incidió negativamente en la más amplia y libre expresión de la voluntad del electorado, lo cual supone una consecuencia grave para la democracia. [...]*” CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso YATAMA vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Série C, No. 127. §226 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

de forma indissociável. Através das disposições de direito interno (normas constitucionais e demais medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades), o Estado deve maximizar as oportunidades de participação de cidadãs e cidadãos através da instituição de processos eleitorais próprios dos regimes democráticos.

No que diz respeito à questão de fundo, sobre **a exigência de filiação partidária para concorrer ao pleito como hipótese a ser admitida para além das restrições constantes no art. 23.2 da CADH**, há que se analisar o delimitado pela CortelDH sob dois pontos.

O primeiro, de que a CortelDH reconhece a importância dos partidos políticos como fundamentais para o fortalecimento da democracia, mas que eles não são as únicas formas pelas quais candidaturas podem ser lançadas²⁴. Dessa forma, a CortelDH deixa claro que a previsão e aplicação de condições para exercer direitos políticos não constitui, *per se*, uma restrição indevida a eles, tendo em vista que não são absolutos²⁵. Sendo assim, confere aos Estados uma margem para auto-organização de seus sistemas eleitorais, contanto que isso se dê para ampliar a democracia representativa, por meio da celebração de eleições periódicas, livres, justas e baseadas no sufrágio universal, igualitário e secreto que reflita a soberania popular²⁶. Sendo assim, os Estados gozam de certa discricionariedade²⁷.

Entretanto, tal margem de discricionariedade permanece sujeita ao crivo da CortelDH, que estabeleceu alguns **critérios para verificar se as regulamentações feitas pelos Estados para organizar seu sistema eleitoral são compatíveis com a CADH**. São eles: a legalidade, necessidade e proporcionalidade em uma sociedade democrática, o que se traduz no dever de a restrição ser prevista em lei, não ser discriminatória, basear-se em critérios razoáveis, atender a um propósito útil e oportuno, necessário para satisfazer um interesse público imperativo e ser proporcional a ele²⁸. Entretanto, apesar de apontar tais critérios, os contornos de aplicação aos direitos políticos foram paulatinamente melhor desenvolvidos nos casos que serão abordados na sequência. No caso em questão, o ponto principal girou

²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso YATAMA vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Série C, No. 127. §215 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso YATAMA vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Série C, No. 127. §206 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso YATAMA vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Série C, No. 127. §207 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

²⁷ CONTRERAS, Pablo. Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Ius et Pax**, a. 20, n. 2, 2014. p. 249.

²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso YATAMA vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Série C, No. 127. §206 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

ao redor da exigência de filiação partidária não ter sido considerada necessária, útil ou oportuna, pois na prática implicou em restrição do direito de participação política da comunidade *YATAMA*.

Estabelecidas as primeiras premissas convencionais sobre os direitos políticos a partir do Caso *YATAMA vs. Nicaragua*, cabe agora verificar de que forma a CortelDH avança nos parâmetros estabelecidos no Caso *Castañeda Gutman vs. México*, diante do qual se deparou também com a questão de filiação partidária como requisito para participar do processo eleitoral, mas sob a perspectiva das candidaturas avulsas.

3. O dever de garantir oportunidades efetivas ao gozo dos direitos políticos e os limites de regulamentação dos sistemas políticos aos estados: o *Caso Castañeda Gutman vs. México*

O Caso *Castañeda Gutman* diz respeito ao pedido de registro de candidatura individual e independente à Presidência da República do México formulado pelo Sr. Castañeda Gutman ao órgão administrativo responsável pelos registros, o Instituto Federal Eleitoral. O pedido foi negado sob o argumento de que somente os partidos políticos nacionais gozavam da prerrogativa de solicitar o registro de candidaturas a mandatos eletivos. Contra essa decisão, o Sr. Castañeda Gutman ingressou, sem êxito, com juízo de amparo à justiça administrativa, julgado improcedente em face de dispositivo expresso da Ley de Amparo sobre seu não cabimento contra decisões dos organismos eleitorais. Essa decisão administrativa foi levada por recurso de revisão a um tribunal de circuito e à Suprema Corte de Justicia de la Nación. A Suprema Corte mexicana confirmou a decisão do juízo administrativo.

O Sr. Castañeda levou o caso ao SIDH, alegando que houve uma violação de seus direitos políticos por considerar que teve negado o direito concreto de ver registrada sua candidatura independente (art. 23.1.b da CADH), tendo em vista que a condição de filiação prévia a partido político não se incluía nas exceções previstas pelo art. 23.2 da CADH.

Debruçando-se sobre o caso, no que diz respeito à proteção ao exercício de sufrágio, a CortelDH reforçou os primeiros padrões interpretativos fixados no caso *Yatama vs. Nicaragua* de maneira ainda mais enfática, ampliando o seu efeito de irradiação sobre a compreensão do próprio regime democrático, estabelecendo que os direitos políticos “constituem em um fim em si mesmo e, ao mesmo tempo, um meio fundamental que as sociedades democráticas tem para garantir os demais direitos humanos previstos na Convenção”²⁹. Com isso, a CortelDH reconhece não só a fundamentalidade dos direitos políticos, mas os coloca como o precursor de todos os demais.

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. §143. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

A questão principal envolvida na controvérsia, todavia, gira em torno novamente do poder de conformação aos Estados no tocante à regulamentação dos direitos políticos para além das restrições explícitas definidas no art. 23.2. Para compreender o alcance da análise empreendida pela CortelDH nesse aspecto, há que se pontuar algumas questões.

A CADH, ao enunciar o conjunto de restrições no art. 23.2, traz de forma explícita um conjunto de condicionantes que poderiam ser utilizadas pelos Estados para restringir o gozo dos direitos políticos, o que estaria ligado à ideia de legitimidade destas escolhas³⁰. Entretanto, não é possível aferir, somente por isto, até onde os Estados podem, exatamente, criar restrições ao exercício dos direitos políticos com base em critérios não previamente enumerados, tampouco pelos critérios fixados no caso anterior. Afinal de contas, qual grau de discricionariedade dos Estados há de ser exercido em todos os contextos de regulamentação?

Parte dessa controvérsia colocada resulta da “fórmula sintética” adotada pela CADH que reuniu, em um único dispositivo, tanto o “dever de regulamentação” pelos Estados (primeira parte), quanto a “enunciação dos critérios específicos que haveriam de permitir a limitação deste direito” (segunda parte)³¹. Essa diferenciação parece ser útil para uma adequada interpretação do regime de restrição aplicado em matéria de direitos políticos feita especialmente neste caso.

Sobre a primeira parte do dispositivo (**dever de regulamentação**), a CortelDH definiu que esta se refere ao dever imposto ao Estado de implementar medidas capazes de conferir pleno gozo ao exercício do direito de sufrágio. Caracteriza-se por ser uma obrigação positiva para que o Estado desenhe um “sistema que permita que se elejam representantes que conduzam os assuntos públicos”³².

Nesse contexto, faz-se imprescindível reconhecer aos Estados a competência (diretamente relacionada à capacidade de auto-organização e de definição das regras constitutivas do jogo democrático) de escolher, entre os modelos e arranjos institucionais possíveis, aqueles que melhor reflitam os anseios de sua comunidade política.

Ampliando os primeiros contornos realizados no Caso *YATAMA*, a CortelDH fixa de pronto que o termo “exclusivamente” previsto no art. 23.2 deve ser compreendido com o propósito único evitar a possibilidade de discriminação no exercício de direitos políticos³³.

³⁰ NADDEO, Cecilia. Recepción de estándares internacionales en materia de derechos políticos. In: ABRAMOVICH, Víctor (Ed.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local**. La experiencia de una década. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007. p. 886.

³¹ NADDEO, Cecilia. Recepción de estándares internacionales en materia de derechos políticos. In: ABRAMOVICH, Víctor (Ed.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local**. La experiencia de una década. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007. p. 891.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. §157. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

³³ “[...] *La disposición que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párrafo 1 tiene como propósito único – a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales – evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos. [...] CORTE*

A CorteIDH frisa que a CADH não prevê um sistema eleitoral determinado para o exercício de sufrágio, nem confere um mandato específico sobre a modalidade que os Estados partes devem estabelecer para regular o exercício do direito de concorrer a eleições populares, exigindo apenas que os sistemas eleitorais garantam a realização de “eleições periódicas e autênticas”, pelas quais se possa exercer o sufrágio “universal, igual e secreto que reflita a livre expressão”³⁴.

Ao reconhecer essa liberdade, a CorteIDH deixa claro que é necessário que os Estados instituíam, sempre pela via legal, outras regulações para além das previstas no art. 23.2 a fim de possibilitar o exercício de sufrágio³⁵.

Diante disso, é possível afirmar, com Bidart Campos, que como resultado do exercício da atividade discricionária, o Estado pode fixar o monopólio dos partidos políticos para apresentação das candidaturas e outros parâmetros, como por exemplo estabelecer determinados prazos e procedimentos relativos ao cadastramento eleitoral dos cidadãos, definir a abrangência da circunscrição eleitoral, escolher o sistema eleitoral apropriado (majoritário ou proporcional), proibir ou restringir a possibilidade de reeleições para cargos majoritários³⁶.

Quanto à segunda parte do art. 23.2, aquela em que a CADH enuncia o conjunto de critérios que podem ser adotados como “condições habilitantes” (“idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental”) e elenca uma única “causa de inelegibilidade” que autorizaria a suspensão do exercício dos direitos de sufrágio (“condenação, por juiz competente, em processo penal”).

INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. \$155. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

³⁴ “El derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido consagrados por el artículo 23.1.b de la Convención Americana se ejerce regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Más allá de estas características del proceso electoral (elecciones periódicas y auténticas) y de los principios del sufragio (universal, igual, secreto, que refleje la libre expresión de la voluntad popular), la Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos (infra párr. 197). [...]” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. \$149. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

³⁵ (...) la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el artículo 23.2 de la Convención. Los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado. [...] Como se desprende de lo anterior, la Corte estima que no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. \$156 e 161. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

³⁶ BIDART CAMPOS, Germán J. Dos aspectos del derecho electoral: activo y pasivo. **Revista del Tribunal Federal Electoral**, México, v. 5, n. 8, p. 95-100, 1996.

Seguindo a tradição doutrinária em matéria de direitos eleitorais, distingue-se, para efeitos didáticos, esses critérios em requisitos positivos (“condições habilitantes” ou “causas de elegibilidade”) e negativos (“inelegibilidades”)³⁷.

Quanto às primeiras (**condições de habilitação**), a CortelDH se restringe a se referir a elas como aquelas situações em que “a lei pode impor para que se exerça os direitos políticos, e restrições com base nesses critérios são comuns nas leis eleitorais nacionais, que preveem o estabelecimento de idades mínimas para votar e ser votado, certos vínculos com o distrito eleitoral onde o direito é exercido, dentre outros regulamentos”³⁸. Ou seja, pode se depreender que as causas de elegibilidade previstas na CADH não são exaustivas.

Quanto às segundas (**inelegibilidades ou suspensão de direitos políticos**), a CortelDH não se manifestou, tendo em vista que não tinha relação com a causa de fundo. Este debate foi travado no precedente a seguir, *Caso Lopez Mendoza vs. Venezuela*, onde se perceberá uma certa inversão da lógica estabelecida neste caso, no que diz respeito à margem de apreciação estatal.

Entretanto, apesar de fixar estas premissas, da mesma forma que no Caso *YATAMA*, a CortelDH deixa claro que essa relativa liberdade de conformação aos Estados não afasta a sua competência para verificar se as regulamentações porventura adotadas estão de acordo com a CADH³⁹. Neste caso, além de confirmar a margem de conformação aos Estados para definirem seus sistemas eleitorais, houve a necessidade de enfrentamento ao argumento apresentado pelo Sr. Castañeda Gutman de que o Caso *YATAMA* teria se tornado um precedente que teria tornado a exigência de filiação partidária inconveniente, motivos pelos quais a CortelDH aproveitou a análise do contexto fático e jurídico mexicano para fixar melhor o alcance dos critérios de proporcionalidade fixados naquele caso.

Primeiramente, de que a regra ou a restrição imposta deve estar prevista em lei, em seu sentido formal e material⁴⁰, isto é, seja uma “norma jurídica geral, criada para o bem comum, criada pelos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente

³⁷ Nesse sentido: (...) *los requisitos positivos serían, en teoría, el conjunto de condiciones que se requieren para poseer la “capacidad” de ser elegible. Su ausencia originaría, pues, una incapacidad, y en tal sentido serían condiciones subjetivas (como lo son tanto los requisitos positivos como los negativos en el sufragio activo) para el nacimiento del propio derecho, a diferencia de lo que significarían en el mismo sufragio pasivo los requisitos negativos, o más técnicamente “inelegibilidades”, que serían condiciones para el ejercicio de un derecho preexistente* (Op. cit., Manoel Aragon Reyes, 2007, p. 186).

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. §155. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. §161. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. §173. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

eleitos, e elaborada de acordo com o procedimento estabelecido pelas constituições dos Estados Partes para a formação de leis”⁴¹.

O segundo critério analisa a finalidade e legitimidade das medidas restritivas. Ao reconhecer a falta de previsão expressa, a CortelDH fixa que estas derivam das próprias obrigações do art. 23.1, notadamente a viabilização dos direitos políticos de participação⁴².

Ao analisar a norma mexicana de exigência de filiação partidária, a CortelDH reconhece-a como legítima, tendo em vista que seu objetivo era “organizar o processo eleitoral e o acesso dos cidadãos ao exercício do poder público em condições de igualdade e de maneira eficaz”⁴³. E aqui se estabelece a diferença fundamental com o precedente anterior: a exigência de filiação partidária no Caso *Castañeda* se deu justamente para promover o direito de participação e o direito do sufrágio passivo^{44 45}.

⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Opinión Consultiva OC-6/86, Serie A, n.6, del 9 de mayo de 1986. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf.

⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. §181. Disponible em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

⁴³ “La Corte considera que el artículo 175 del COFIPE bajo examen tiene por finalidad organizar el proceso electoral y el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público en condiciones de igualdad y de manera eficaz. Dicha finalidad resulta esencial para el ejercicio de los derechos de votar y a ser votado en elecciones periódicas auténticas, por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, de acuerdo con el artículo 23 de la Convención Americana. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. §183. Disponible em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

⁴⁴ “[...] *Aquel precedente resulta inaplicable en el presente caso porque el asunto de fondo es la restricción a la participación política de un sector específico de la población, mientras que el señor Castañeda Gutman “pretende que ‘los ciudadanos sin partido’ sean considerados un ‘cierto grupo o sector de la población’”. Asimismo, el Estado destacó lo dicho por la Comisión en su Informe No. 113/06 en el sentido de que la conclusión de la Corte en tal caso fue que “la Convención Americana es completamente compatible con sistemas de representación distintos al tradicional sistema de partidos políticos, pero no dice que un sistema de partidos sea en sí mismo contrario a dicho instrumento internacional”.* [...] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. §168. Disponible em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

⁴⁵ “[...] *Con base en las anteriores consideraciones, la Corte estima que la limitación analizada en los párrafos precedentes constituye una restricción indebida al ejercicio de un derecho político, que implica un límite innecesario al derecho a ser elegido, tomando en cuenta las circunstancias del presente caso, a las que no son necesariamente asimilables todas las hipótesis de agrupaciones para fines políticos que pudieran presentarse en otras sociedades nacionales o sectores de una misma sociedad nacional.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso YATAMA vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, No. 127. §219 Disponible em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

Não obstante, verificada a legalidade e finalidade da medida restritiva, cabe ainda empreender numa última análise sobre se esta é necessária e proporcional⁴⁶, o que significa avaliar se: a) satisfaz uma necessidade social imperativa, isto é, se está voltada a satisfazer um interesse público imperativo; b) é a que em menor medida restringe o direito protegido; e c) se ajusta estritamente a atingir o objetivo legítimo⁴⁷.

No que diz respeito ao primeiro aspecto, ao analisar o contexto mexicano e os argumentos do Estado, a CortelDH concluiu que a exigência de filiação partidária no país se justifica por razões históricas, políticas e sociais, pela necessidade de organizar um corpo eleitoral de 75 milhões de eleitores e de fiscalizar o uso do dinheiro em eleições financiadas exclusivamente por recursos públicos, instituído para garantir eleições autênticas e livres, em igualdade de condições⁴⁸. E destaca-se: a CortelDH não considerou o argumento de descrédito nos partidos políticos como apto, por si só, a justificar a necessidade das candidaturas independentes⁴⁹.

Já o segundo aspecto, sobre ser ou não a opção que em menor medida restrinja o direito protegido, está relacionado claramente a uma aplicação material do princípio *pro persona*⁵⁰. No caso em questão, a CortelDH estabeleceu que um sistema de candidaturas partidárias ou independentes, por si só, não resulta em mais ou menos restrição ao exercício dos direitos políticos, pois isso vai ter relação com a forma com que estes sistemas serão regulados⁵¹. O essencial é que quaisquer deles sejam acessíveis e estabeleçam mecanis-

⁴⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. §184. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. §186. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. §193. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. §193. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

⁵⁰ O princípio *pro persona* decorre do art. 29, “b”, da CADH e pode ser entendido como um princípio de interpretação das normas de direitos humanos, o qual determina que, admitindo-se mais de uma interpretação válida ao caso, porém contraditórias, deve-se dar preferência àquela que seja mais favorável a proteção dos direitos da pessoa ou a menos restritiva quando se trate de restrição ou suspensão de direitos (CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya. **El principio pro persona ante la ponderación de derechos**. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México, Septiembre 2017. Disponível em: <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Principio-Propersona-Ponderacion-Derechos.pdf>, p. 66-67).

⁵¹ “Ninguno de los dos sistemas, el de nominación exclusiva por parte de partidos políticos y el que permite candidaturas independientes, resulta en sí mismo más o menos restrictivo que el otro en términos de regular el derecho a ser elegido consagrado en su artículo 23 de la Convención. La Corte considera que no hay una posibilidad de hacer una valoración en abstracto respecto de si el sistema que permite las candidaturas independientes es o no una alternativa menos restrictiva de regular el derecho a ser votado que otro que no lo permite. Ello dependerá de diversas circunstancias, especialmente, de cómo se regulen los aspectos mencio-

mos que garantam o direito e oportunidades de ser votado em condições de igualdade⁵². Ou seja, o que vai determinar se uma exigência imposta pelo Estado é inconvenção depende de verificar se esta exigência amplia ou restringe o espectro de participação política.

No que diz respeito ao terceiro e último aspecto, cabe analisar se a restrição tem, afinal, um objetivo legítimo. Para a CortelDH, a exigência de filiação partidária, no contexto mexicano, é uma medida idônea que objetiva produzir um resultado legítimo de organização eficaz dos processos eleitorais, por meio de eleições periódicas, autênticas, por sufrágio universal e igual, com voto secreto que garanta a livre expressão de vontade do eleitorado, conforme o estabelecido pela CADH⁵³.

Com isso, a CortelDH amplia o contorno sobre as cláusulas de restrição aos direitos políticos e margem de discricionariedade conferida aos Estados para definirem seus sistemas eleitorais, considerando que tanto o exclusivamente partidário ou que admita as candidaturas independentes pode ser compatível com a CADH⁵⁴, desde que se deem para ampliar a participação política em condições de igualdade.

Sendo assim, a CortelDH afastou a violação ao art. 23.2 da Convenção do caso em análise, fixando duas importantes diretrizes interpretativas que gozam de especial projeção: (i) os direitos políticos são essenciais à democracia e impõem uma série de exigências de proteção tendo em vista o dever de assegurar a **oportunidade** aos cidadãos de participarem efetivamente da formação da vontade política do Estado; (ii) no exercício do dever de regulamentação dos sistemas eleitorais, **o Estado pode fixar condições não previstas no art. 23.2 para viabilizar o exercício ao direito de votar e ser votado**, no entanto, esta atividade de conformação do Estado está sujeita ao controle de **proporcionalidade**.

Tais precedentes se tornam sobremaneira importantes no contexto latino americano, onde se percebe um movimento geral de descontentamento com as organizações políticas, o qual, acompanhado de um alto nível de corrupção, tem feito surgir movimentos que pleiteiam as candidaturas avulsas como formas de exercer a cidadania e o direito de sufrágio

nados anteriormente de las candidaturas independientes o de la regulación de las candidaturas presentadas por partidos.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. §200. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

⁵² “[...] Lo esencial es que cualquiera de los dos sistemas que sea elegido haga accesible y garantice el derecho y la oportunidad a ser votado previsto en la Convención en condiciones de igualdad” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. §201. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. §203. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. §204. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

passivo⁵⁵. As candidaturas independentes já foram implementadas na Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Honduras, Paraguai, República Dominicana, Venezuela, El Salvador e desde 2014 no próprio México⁵⁶. No Brasil, o tema está sendo discutido no Recurso Extraordinário 1.238.853/RJ que tramita perante o Supremo Tribunal Federal (STF), de relatoria do Min. Roberto Barroso⁵⁷.

Nos casos seguintes, conforme já brevemente apontado, a CortelDH retoma a discussão ao redor da possibilidade de ampliação de restrições para além das condicionantes do art. 23.2 da CADH, mas debruçando sua análise sob a perspectiva de limitações aos direitos políticos decorrentes do poder sancionador estatal para suspender direitos políticos.

4. A restrição a direitos políticos em processos sancionatórios: os *Casos Lopez Mendoza vs. Venezuela, Arguelles y otros vs. Argentina e Petro Urrego vs. Colombia*

Nos Casos *Lopez Mendoza, Arguelles* e, mais recentemente, *Petro Urrego*, a CortelDH se debruça sobre a segunda parte do art. 23.2 da CADH, que diz respeito à limitação de direitos políticos por consequência do poder sancionador do Estado.

O **Caso Lopez Mendoza vs. Venezuela** trata do impedimento do Sr. Leopoldo López Mendoza de se candidatar ao cargo de “*Alcaldia del Estado Mayor de Caracas*” (órgão administrativo que congrega a região metropolitana de Caracas), após ter cumprido dois mandatos sucessivos como Prefeito Municipal de Chacao (2001-2004 e 2005-2008), ente político integrante da região administrativa de Caracas, por conta de inabilitações para exercício de cargos públicos impostas de forma acessória às penas de multa em dois procedimentos administrativos.

Tais penalidades foram determinadas pelo Controlador Geral da República no exercício de competência outorgada pelo art. 105 da Lei Orgânica da Controladoria Geral da República e do Sistema Nacional de Controle Fiscal. Diante do impedimento legal para registrar sua candidatura, alegando ter sido vítima de perseguição política, ele interpôs medidas judiciais a fim de que lhe fosse assegurado o direito à participação no pleito ocorrido em 2008, sem êxito.

⁵⁵ MUÑOZ POGOSSIAN, Betilde. **Las candidaturas independientes en América Latina**: repasando las reformas, sus ventajas y los retos pendientes. 2015. Disponível em: <https://reformaspoliticas.org/reformas/candidaturas/candidaturas-independientes/candidaturas-independientes/>.

⁵⁶ MUÑOZ POGOSSIAN, Betilde. **Las candidaturas independientes en América Latina**: repasando las reformas, sus ventajas y los retos pendientes. 2015. Disponível em: <https://reformaspoliticas.org/reformas/candidaturas/candidaturas-independientes/candidaturas-independientes/>.

⁵⁷ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5788240>.

Dentre as violações apontadas na demanda, para os propósitos deste artigo, ater-se-á à análise específica dos argumentos em torno da existência (ou não) de incompatibilidade entre os efeitos da sanção administrativa de inabilitação geral para ocupar cargos públicos sobre o direito político de “ser eleito” (23.1.b), tendo em vista a determinação da parte final do art. 23.2 da CADH de que isto só poderia ser feito por órgão judicial, como resultado de um processo penal em sentido estrito.

A CortelDH se debruçou, essencialmente, a verificar se as sanções impostas e seus efeitos sobre a suposta vítima são ou não compatíveis com a CADH⁵⁸, limitando seus esforços basicamente sobre a aplicação literal do art. 23.1.b, dando a entender que este não poderia ser restringido para além das hipóteses e condições expressamente consignadas no art. 23.2. Ou seja, de que os direitos políticos só poderiam ser suspensos mediante uma sanção imposta por juiz em processo penal⁵⁹.

Ao proceder dessa forma, de uma só vez, a CortelDH afirmou que, por se tratar de uma sanção, devem ser aplicadas estritamente as condicionantes previstas na parte final do art. 23.2, e, ainda, que a privação do exercício do sufrágio passivo (mesmo que restando íntegro o direito de voto) importa em restrição ao direito sufrágio protegido pelo art. 23.1.b da CADH⁶⁰.

Assim, a CortelDH foi categórica ao afirmar que a **imposição de sanções que importem em restrição ao exercício do direito de sufrágio**, mesmo que indireta e parcialmente, qualquer que seja o *nomen juris* dado, **deve atender às condicionantes definidas na parte final do art. 23.2.**

⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso López Mendoza vs. Venezuela**. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2011. Serie C no. 233. §100. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

⁵⁹ “El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana.” CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso López Mendoza vs. Venezuela**. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2011. Serie C no. 233. §107. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf

⁶⁰ “La Corte estima pertinente reiterar que “el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos (supra párr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido” CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso López Mendoza vs. Venezuela**. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2011. Serie C no. 233. §108. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

É bem verdade que antes de chegar a essa conclusão a CorteIDH apresentou dois *considerandos* (padrões interpretativos extraídos de seus precedentes), a fim de corroborar suas conclusões, quais sejam: (i) de que a proteção dos direitos políticos consiste em um fim em si mesmo e elemento essencial à ordem democrática (*Caso Castañeda Gutman vs. México*); e, (ii) de que o dever de assegurar oportunidades aos cidadãos impõe um dever ao Estado de prover medidas positivas para que todos os titulares dos direitos políticos possam ter efetiva oportunidade de exercê-los (*Caso YATAMA vs. Nicaragua*)⁶¹.

Ao proceder dessa forma, a CorteIDH pretendeu conectar o presente caso aos seus precedentes sobre a matéria, utilizando de uma técnica de legitimação por autorreferência. No entanto, ao proceder dessa forma, a Corte não se desincumbiu de um ônus argumentativo referente a algumas alegações do Estado Venezuelano, ao final de contas, é das razões apresentadas que se afere a legitimação das cortes internacionais enquanto autoridades públicas⁶².

Dentre eles, destaca-se aquele diretamente relacionado à contradição entre o caso analisado e sua cadeia de precedentes referentes à questão, em especial, do critério fixado no *Caso Castañeda Gutman vs. México*, sobre a existência de certa margem de deferência aos Estados para definirem o modelo de sistema eleitoral a ser adotado no plano doméstico, em face do que poderiam surgir restrições ao exercício do direito de sufrágio não expressamente previstos no art. 23.2 da CADH. Diferentemente do que fez a CorteIDH naquele caso, a norma restritiva do *Caso Lopez Mendoza* sequer foi submetida à análise dos critérios de proporcionalidade, a fim de verificar sua compatibilidade (ou não) com a CADH⁶³.

Ao proceder dessa forma não deixou tão claro a distinção entre a possibilidade de regulamentação (precedente de *Casteñeda*) e a questão específica relacionada a restrição direta como resultado de uma sanção. Sobre o ponto crucial do padrão fixado, bastaria a simples leitura dos dispositivos convencionais invocados, nada mais.

Pode-se pressupor que isso ocorreu porque no *Caso Castañeda* a autorização foi dada para regulamentações que tiveram como objetivo de viabilizar e oportunizar o exercício dos direitos políticos. Ao estabelecer que as ineligibilidades (no caso a inabilitação imposta

⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso López Mendoza vs. Venezuela**. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2011. Serie C no. 233. §108. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

⁶² VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. ¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alonso (Coord.). **Diálogo jurisprudencial en Derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013. p. 83-130.

⁶³ Uma proposta de aplicação do teste de proporcionalidade ao *Caso Lopez Mendoza vs. Venezuela* foi feita por Humberto Nogueira Alcalá no informe pericial que foi apresentado à Corte Interamericana e que se encontra disponível na Revista Estudios Constitucionales: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Informe pericial Caso López Mendoza vs. Venezuela de Dr. Humberto Nogueira Alcalá. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 1, p. 339-362, 2011. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000100012.

ao Sr. Lopez Mendoza) são sanções⁶⁴, a CortelDH adota uma postura mais restritiva, ao que parece, notadamente porque ampliar o espectro punitivo implica necessariamente na redução da participação política.

Diante disso, portanto, a inelegibilidade definida na parte final do art. 23.2, por se tratar de hipótese revestida de caráter sancionador, mesmo em se tratando de suspensão parcial e temporária do gozo do direito de sufrágio (o direito de ser apresentar como alternativa ao eleitorado), não permite discricionariedade ao Estado para fixar hipótese que não atenda estritamente aos requisitos fixados no próprio texto convencional, ou seja, “condenação por juiz competente em processo penal”.

Essa conclusão, no entanto, não é unívoca e tem provocado acirrada divergência quanto à existência (ou não) de margem de discricionariedade para que os Estados criem restrições aos direitos políticos, inclusive dentro da própria CortelDH. O Juiz Diego García-Sayán fez uma incisiva objeção em seu voto concorrente que foi somente em parte rechaçado pelo Juiz Eduardo Vio Grossi.

Em linhas gerais, García-Sayán defende que a interpretação do artigo 23.2 da CADH não pode ser literal, mas sim sistemática, evolutiva e teleológica, de forma similar ao que foi feito no caso *Castañeda Gutman*⁶⁵ e, com isso, deve-se conferir margem aos Estados para que implementem outras formas de restringir os direitos políticos⁶⁶, desde que, frisa-se, por autoridade judicial⁶⁷ e observando-se os critérios de proporcionalidade já fixados⁶⁸.

Por sua vez, Vio Grossi se posicionou pela estrita observância da restrição, alegando que a pretensão do colega contrariava os cânones do Direito Internacional Geral e a Con-

⁶⁴ Não subsiste, a partir disso, a insistência do STF em declarar que a inelegibilidade-sanção faz parte do grupo de inelegibilidades ordinárias ou inatas, tratando-se tão somente “[...]de imposição de um novo requisito negativo para a que o cidadão possa candidatar-se a cargo eletivo, que não se confunde com agravamento de pena ou com *bis in idem*[...] (Ações Diretas de Inconstitucionalidades n. 29 e 30, p. 19). Elas são consequência da prática de um ato ilícito, antijurídico e culpável e tem portanto nítida natureza sancionatória, caracterizando-se por um juízo de reprovação incidente sobre uma conduta que atentou contra o ordenamento jurídico (CUNHA, Luciano Feres Fonseca da. Lei Complementar 135/2010: Natureza Jurídica das inelegibilidades e Diálogo Constitucional. *Revista Estudos Eleitorais*, v. 7, n. 1, jan/abr 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/427> p. 67-69).

⁶⁵ Voto Concorrente do Juiz García-Sayán no CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso López Mendoza vs. Venezuela**. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2011. Serie C no. 233. §8-6. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso López Mendoza vs. Venezuela**. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2011. Serie C no. 233. §4,11. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso López Mendoza vs. Venezuela**. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2011. Serie C no. 233. §17. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso López Mendoza vs. Venezuela**. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2011. Serie C no. 233. §18-27. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

venção de Viena sobre os tratados⁶⁹. O sentido literal empregado só deveria ser revisto caso houvesse um sentido especial empregado pelas partes quando de sua instituição, o que não corresponde com os trabalhos preparatórios da CADH no que diz respeito ao art. 23.2⁷⁰, ou que houvesse acordo ou prática posterior entre elas que pudesse mudar o sentido dos termos empregados⁷¹.

Ainda que se reconheça a importância dos balizamentos feitos por Vio Grossi, a prática dos Estados ilustra como a tese levantada por García-Sayán reflete uma realidade com a qual a CorteIDH terá que lidar. Como exemplo, pode-se citar os julgamentos jurídico-políticos nas casas legislativas que ocorrem na Argentina, Colômbia, Chile e México⁷². No Brasil, assim como na Venezuela, além do juízo político que pode ser levado a cabo pelo Congresso Nacional, há também outras instâncias judiciais não penais e uma série de instâncias administrativas que podem levar à suspensão de direitos políticos. O sistema brasileiro de inelegibilidades, a título de exemplo, não sobreviveria, a partir deste precedente, à compatibilidade convencional⁷³.

No caso *Arguelles y Otros vs. Argentina*, a CorteIDH analisou a condenação de oficiais militares argentinos que tiveram, dentre outras punições, seus direitos a concorrerem a cargos eletivos e/ou ocuparem qualquer cargo público no país cassados por 10 anos em virtude do cometimento de crimes de ordem econômica contra a Força Aérea Argentina, decorrentes também de uma pena acessória de inabilitação.

As supostas vítimas alegaram, no que diz respeito a este aspecto, que tal pena impediria os condenados de exercerem direitos inerentes à vida cívica e à nacionalidade, tendo em vista a impossibilidade de recuperá-los por ser “absoluta e perpétua”, o que infringiria a proteção convencional aos direitos políticos⁷⁴. Em defesa, o Estado alegou que a pena de

⁶⁹ Voto Concorrente do Juiz Vio Grossi no CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso López Mendoza vs. Venezuela**. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2011. Serie C no. 233. preâmbulo e §1-14. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

⁷⁰ Segundo levantamento apontado por García Sayan, a inclusão dessa restrição foi uma sugestão do delegado que representava o Brasil à época, que contou com objeções somente da Colômbia (Voto Concorrente do Juiz García-Sayán no Caso CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso López Mendoza vs. Venezuela**. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2011. Serie C no. 233. preâmbulo e §15. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

⁷¹ Voto Concorrente do Juiz Vio Grossi no Caso CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso López Mendoza vs. Venezuela**. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2011. Serie C no. 233. preâmbulo e §3. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf

⁷² CARPIZZO, JORGE. **Escrito de amicus curiae no Caso Lopez Mendoza vs. Venezuela**. Universidad Nacional Autónoma de México, 20 de enero de 2011, pp. 871-879

⁷³ BASTOS JR, Luiz Magno Pinto.; SANTOS, Rodrigo Miotto. Los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos políticos y la inconventionalidad de la Ley Brasileña de Inelegibilidades. **Estudios Constitucionales**, Santiago, a. 13, n. 1, p. 163-202, 2015.

⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso Arguelles y Otros vs. Argentina**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Nº 288. §215. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf.

inabilitação prevista no artigo 19 do Código Penal Argentino pode ser absoluta e/ou perpétua, mas no caso em questão ela não foi declarada temporalmente infinita, podendo ser revertida após o cumprimento dos 10 anos previstos e o pagamento dos prejuízos causados pelos réus⁷⁵.

Ao se debruçar sobre a questão, a CortelDH foi sucinta e objetiva. Sem estender-se, utilizou novamente dos critérios de legalidade, finalidade legítima e proporcionalidade para concluir que a restrição imposta pelo Estado Argentino não havia violado o artigo 23.2 da CADH⁷⁶, especialmente pelo fato de a imposição da pena de inabilitação ter sido dada como consequência de uma condenação de um juízo criminal competente⁷⁷. Com isso, concluiu que a pena de “inabilitação absoluta perpétua” se ajustava ao artigo 23.2 da CADH, que permite ao Estado regulamentar o exercício dos direitos políticos, no que diz respeito ao aspecto sancionador, em razão de condenação penal por um tribunal competente⁷⁸.

A questão ganhou mais contornos no mais recente caso sobre direitos políticos julgado pela CortelDH, notadamente por sua similaridade com o caso *Lopez Mendoza*, cuja sentença foi publicada em 18 de agosto de 2020. O caso *Petro Urrego vs. Colombia* também versou sobre um processo administrativo disciplinar levado a cabo pela Procuradoria Geral colombiana, que teve como sanções a destituição de Petro Urrego, conhecido líder de esquerda e da oposição, do cargo de “*Alcade Mayor de Bogotá*” e sua inabilitação para ocupar qualquer cargo público por 15 anos.

Além de reforçar os padrões fixados até aqui e retomando especialmente o estabelecido no Caso *Lopez Mendoza*, reforçou que nenhum órgão administrativo pode aplicar uma sanção que implique em restrição a direitos políticos. Ao reforçar a via penal e judicial como a única apta para tanto, a CortelDH amplia o precedente de uma forma importante: a destituição de um cargo político e a inabilitação do candidato ou candidata eleita afeta não

⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Arguelles y Otros vs. Argentina**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Nº 288. §218-219. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf.

⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Arguelles y Otros vs. Argentina**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Nº 288. §225-230. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf.

⁷⁷ [...] *La pena accesoria de inhabilitación perpetua en el presente caso se refiere precisamente a uno de los supuestos que permite al Estado “reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades” protegidos en el artículo 23.1, cual sea la “condena, por juez competente, en proceso penal”* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Arguelles y Otros vs. Argentina**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Nº 288. §226. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf.

⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Arguelles y Otros vs. Argentina**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Nº 288. §231. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf.

somente a este, mas ao eleitorado⁷⁹. Mais uma vez, como já apontado no Caso *YATAMA*⁸⁰, a CorteIDH conecta todas as formas de exercício de sufrágio com a legitimidade da soberania popular.

Apesar da similaridade fática, a reação da Colômbia foi diferente da Venezuela, que além de não ter cumprido com a sentença proferida pela CorteIDH, acabou deixando o Sistema⁸¹.

Além de o Sr. Petro Urrego ter tido seu recurso judicial interposto mediante o Tribunal Superior do Distrito Judicial de Bogotá acatado e ter retornado ao cargo⁸², também o Conselho de Estado empreendeu um controle de convencionalidade e declarou a nulidade das decisões proferidas, suspendeu todos os efeitos da condenação, ressarciu-o dos pagamentos correspondentes ao período em que ficou afastado e reconheceu a incompetência da Procuradoria Geral da Nação para suspender direitos políticos⁸³.

Apesar disso, a Colômbia acabou sendo condenada por violação ao art. 23 da CADH por conta do período de mais de 30 dias em que o Sr. Petro Urrego acabou afastado irregularmente do cargo e, especialmente, por que não reformou as normas jurídicas que permitiram a imposição das sanções, as quais permaneceram vigentes no ordenamento colombiano⁸⁴.

⁷⁹ “La Corte reitera que el artículo 23.2 de la Convención Americana es claro en el sentido de que dicho instrumento no permite que órgano administrativo alguno pueda aplicar una sanción que implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su conducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido: sólo puede serlo por acto jurisdiccional (sentencia) del juez competente en el correspondiente proceso penal. El Tribunal considera que la interpretación literal de este precepto permite arribar a esta conclusión, pues tanto la destitución como la inhabilitación son restricciones a los derechos políticos, no sólo de aquellos funcionarios públicos elegidos popularmente, sino también de sus electores” (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso Petro Urrego vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C, nº 406 .§96. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf).

⁸⁰ “[...] En el presente caso, la referida exclusión significó que los candidatos propuestos por YATAMA no figuraran entre las opciones al alcance de los electores, lo cual representó directamente un límite al ejercicio del derecho a votar e incidió negativamente en la más amplia y libre expresión de la voluntad del electorado, lo cual supone una consecuencia grave para la democracia. [...] CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso YATAMA vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, No. 127. §226 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

⁸¹ Repetindo o posicionamento do Caso *Apitz Barbera*, em que o Estado Venezuelano também foi condenado perante à CorteIDH, este se posicionou pela impossibilidade de cumprimento da sentença do Caso *Lopez Mendoza*, considerando-a inexecutável. Posteriormente, em 2013, a Venezuela deixou de fazer parte do SIDH.

⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso Petro Urrego vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C, nº 406 .§40 e 59. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf.

⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso Petro Urrego vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C, nº 406 .§106-107. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf.

⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso Petro Urrego vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C, nº 406 .§108-117. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf.

Antes dessa guinada de postura pela Colômbia, o Estado fez algumas ponderações que servirão de embasamento para uma problematização importante. Em sua defesa, alegou que não existe a nível internacional uma regra padrão que determine que o único mecanismo legítimo de restrição aos direitos políticos como consequência do exercício do poder sancionador do Estado seja o procedimento penal. Retomando os argumentos similares aos de García-Sayán em seu voto no Caso *Lopez Mendoza*, alegou que uma interpretação sistemática, evolutiva e teleológica permitiria que outras autoridades pudessem restringir os direitos políticos, sempre que se respeitassem as garantias do devido processo, o que, no presente caso, se diferenciaria do que ocorreu com o Sr. *Lopez Mendoza*, em que o órgão que o julgou não teria sido competente, independente e imparcial⁸⁵.

Em realidade, tanto no caso *Lopez Mendoza*, quanto nos seguintes, o que ficou estabelecido, em essência, é que outros processos que não penais não poderiam restringir direitos políticos por que não observariam as regras do art. 8 da CADH⁸⁶. O não reconhecimento da possibilidade de ampliar estes contornos, conforme defendido pelo Estado colombiano, vai de encontro ao posicionamento da CortelDH em outras situações.

Valendo-se do que se convencionou chamar de “*interpretação progressiva dos direitos humanos*”⁸⁷, a CortelDH já ampliou os contornos de aplicação do art. 8 da CADH em dois sentidos: no primeiro, estendendo as garantias judiciais do artigo 8.1 a procedimentos administrativos disciplinares; no segundo, as dos incisos 2 a 5 (garantias penais stricto sensu) às diferentes formas de exercício do jus puniendi do Estado, definindo um regime de garantias processuais em matéria sancionatória, quer seja em processos judiciais não criminais, quer seja em processos administrativos⁸⁸.

A partir do Caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, a CortelDH reconheceu que as regras do devido processo penal, previstas no art. 8.2 da Convenção, deveriam ser estendi-

⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Petro Urrego vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C, nº 406 .§87. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf.

⁸⁶ “[...] las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso López Mendoza vs. Venezuela**. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2011. Serie C no. 233. §107. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

⁸⁷ SALMÓN, Elizabeth; BLANCO, Cristina. **El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Primera edición: febrero de 2012, p. 84-103. Disponível em: https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho_al_debido_proceso_en_jurisprudencia_de_corte_interamericana_ddhh.pdf.

⁸⁸ CUNHA, Amanda Guimarães da. **De player político a árbitro no direito sancionador eleitoral: o resgate do dever de imparcialidade do julgador a partir das garantias convencionais**. 2019. 135fls. Monografia – Universidade do Vale do Itajaí, SC. p. 84-85.

das a todos processos de natureza sancionatória⁸⁹, levado a cabo por qualquer autoridade pública, inclusive administrativa, de órgão estatal dotado de caráter materialmente jurisdicional⁹⁰ 91. E, ainda, de que tais garantias são atraídas conforme a gravidade das sanções impostas⁹².

Este entendimento foi aplicado pela CorteIDH, inclusive, no Caso *YATAMA*, quando da análise do procedimento regulamentar que acabou cerceando os direitos políticos da comunidade⁹³, nos termos já expostos anteriormente.

Talvez esta fosse uma forma de a CorteIDH estabelecer um diálogo com as instâncias nacionais e evitar o risco de esvaziamento do sistema, exigindo que os demais processos sancionatórios que não penais fossem investidos, ao menos, das devidas garantias do processo convencional, ao invés de simplesmente rechaça-los. Entretanto, esta é uma questão que está a merecer uma análise mais aprofundada em outra oportunidade.

De outra banda, salutar o voto dissidente do Juiz Eugenio Raúl Zaffaroni no Caso *Petro Urrego*, no sentido de que os Estados devem ter cuidado com o aumento destas instâncias sancionatórias, para que não se transformem em mecanismos de perseguição política no contexto do fenômeno do *lawfare*, no qual a agenda anticorrupção pode dar lugar a marcos inquisitoriais aptos a minar a luta política saudável e democrática⁹⁴.

5. Considerações finais

Os direitos políticos são direitos fundamentais, conforme seu tratamento pelos textos constitucionais e pela sua função nas democracias. Sua função ontológica na legitimação do

⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso del Tribunal Constitucional vs. Peru**. Sentencia de 31 de enero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas, n. 71. §68. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf.

⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso del Tribunal Constitucional vs. Peru**. Sentencia de 31 de enero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas, n. 71. §71. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf.

⁹¹ Precedente replicado nos Casos *Baena e Ricardo y Otros vs. Panamá, Ivcher Bronstein vs. Perú, Yatama y otros vs. Nicaragua, Claude Reyes y Otros vs. Chile, Apitz Barbera y Otros (Corte del Primeiro Contencioso Administrativo) vs. Venezuela, Chocrón Chocrón vs. Venezuela, Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros) vs. Ecuador, Maldonado Ordóñez vs. Guatemala e Flor Fleire vs. Ecuador*.

⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Baena Ricardo y otros vs. Panama**. Sentencia de 02 de febrero de 2001a. Fondo, Reparaciones y Costas, n. 72. §134. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf.

⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso YATAMA vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, No. 127. §150 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

⁹⁴ Voto disidente del Juez Eugenio Raúl Zaffaroni en CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Petro Urrego vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C, nº 406. §87. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf

exercício do poder político exige um olhar cuidadoso quando da imposição de regulamentação ou restrição por parte dos Estados.

As previsões constitucionais servem de parâmetro para a verificação da conformidade da atuação dos parlamentos ao tratarem de participação política. Mas, para além delas, o desenho dos direitos políticos trazidos pelo sistema internacional de proteção aos direitos humanos deve servir de parâmetro para a interpretação de tais direitos, para sua aplicação e para sua proteção contra a atuação normativa, administrativa e jurisdicional dos Estados.

Com essa preocupação, e a partir das decisões da CorteIDH nos casos *YATAMA*, *Castañeda Gutman*, *Lopez Mendoza*, *Arguelles* e *Petro Urrego*, é possível apresentar os seguintes padrões (estándares/standards) interpretativos convencionais em matéria de direitos políticos:

- i. O exercício efetivo dos direitos políticos constitui em um fim em si mesmo e, ao mesmo tempo, um meio fundamental das sociedades democráticas para garantir os demais direitos humanos previstos na Convenção⁹⁵;
- ii. O Estado tem o dever de garantir que toda pessoa que seja titular dos direitos políticos tenha a oportunidade real de exercê-los em condições de igualdade⁹⁶;
- iii. As restrições do art. 23.2 tem como propósito único, à luz da Convenção em seu conjunto e de seus princípios essenciais, evitar a possibilidade de discriminação⁹⁷;

⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. §143. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf ; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso López Mendoza vs. Venezuela**. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2011. Serie C no. 233. §108. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Petro Urrego vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C, nº 406 .§93. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf.

⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso YATAMA vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, No. 127. §195 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf .; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. §145. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso López Mendoza vs. Venezuela**. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2011. Serie C no. 233. §108. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Petro Urrego vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C, nº 406 .§93. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf.

⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. §155. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf ; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Arguelles y Otros vs. Argentina**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Nº 288. §222. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf.

- iv. No exercício de regulamentação dos sistemas eleitorais, o Estado pode, e em alguns casos deve, fixar condições não previstas no art. 23.2, a fim de viabilizar o exercício concreto do direito de se apresentar como alternativa ao eleitoral⁹⁸;
- v. Essa margem de apreciação conferida aos Estados para garantir o exercício dos direitos políticos está sujeita ao controle da Corte Interamericana e deve observar os critérios de legalidade, necessidade e proporcionalidade⁹⁹; e
- vi. Se a restrição imposta se der em face da aplicação de uma sanção, ela deve advir exclusivamente de uma condenação por juiz competente em processo penal¹⁰⁰.

Com isso, apesar das especificidades de cada caso, pode-se extrair que o posicionamento da CortelDH em termos de direitos políticos gira em torno de garantir a máxima participação em condições de igualdade a todas as pessoas. Seja na defesa da garantia de oportunidades reais para o exercício dos direitos políticos de comunidades indígenas, defendendo sistemas eleitorais que garantam efetividade no acesso aos cargos públicos ou contra mecanismos legais que suspendem direitos políticos sem a garantia do devido processo, a postura da CortelDH direciona-se a promover inclusão e pluralidade no exercício da cidadania e, assim, oxigenar a própria democracia.

Considerando o cenário de baixa representação política de setores minoritários, especialmente mulheres, negros e comunidades étnicas que persiste no Brasil, reiterar estes padrões convencionais torna-se sobremaneira relevante. O caminho pra autodeterminação política passa, sem dúvida alguma, por esforços coletivos que confirmem reais condições de participação a todas e todos, superando-se as barreiras materiais que mantêm a política restrita ao grupo de sempre. E, sem dúvida alguma, é o Estado que é chamado à responsabilidade pela CortelDH para levar essa tarefa, enfim, a cabo.

⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. §157. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

⁹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso YATAMA vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Série C, No. 127. §206 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf; **Caso Castañeda Gutman**,§224-227; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Arguelles y Otros vs. Argentina**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Nº 288. §226. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf.

¹⁰⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso López Mendoza vs. Venezuela**. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2011. Serie C no. 233. §107. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Arguelles y Otros vs. Argentina**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Nº 288. §226. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Petro Urrego vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C, nº 406. §95. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf.

Referências

ARAGÓN REYES, Manuel. Derecho de sufragio: principio y función. In: NOHLEN, D. y otros (eds.) **Tratado de derecho electoral comparado de América Latina**. 2. ed. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, 2007.

ARAGÓN REYES, Manuel. **Democracia y representación**. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio. *Corts*: Anuario de derecho parlamentario, ISSN 1136-3339, n. 9, pág. 37-60, 2000. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=914043>.

BASTOS JR, Luiz Magno Pinto.; SANTOS, Rodrigo Miotto dos. Los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos políticos y la inconventionalidad de la Ley Brasileña de Inelegibilidades. **Estudios Constitucionales**, Santiago, a. 13, n. 1, p. 163-202, 2015.

BIDART CAMPOS, Germán J. Dos aspectos del derecho electoral: activo y pasivo. **Revista del Tribunal Federal Electoral**, México, v. 5, n. 8, p. 91-100, 1996.

CARPIZZO, JORGE. **Escrito de amicus curiae no Caso López Mendoza vs. Venezuela**. Universidad Nacional Autónoma de México, 20 de enero de 2011.

CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya. **El principio pro persona ante la ponderación de derechos**. Comisión Nacional de Los Derechos Humanos. México, Septiembre 2017. Disponível em: <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Principio-Propersona-Ponderacion-Derechos.pdf>.

CONTRERAS, Pablo. Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Ius et Pax**, a. 20, n. 2, p. 235-274, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Opinión Consultiva OC-6/86, Série A, n.6, del 9 de mayo de 1986. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso del Tribunal Constitucional Vs. Peru**. Sentencia de 31 de enero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas, n. 71. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panama**. Sentencia de 02 de febrero de 2001a. Fondo, Reparaciones y Costas, n. 72. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso YATAMA vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Série C, No. 127. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C no. 184. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso López Mendoza vs. Venezuela**. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2011. Serie C nº. 233. Disponible em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Arguelles y Otros Vs Argentina**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, nº 288. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Petro Urrego Vs Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C, nº 406. Disponible em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf.

CUNHA, Amanda Guimarães da. **De *player político* a árbitro no direito sancionador eleitoral: o resgate do dever de imparcialidade do julgador a partir das garantias convencionais**. 2019. 135fls. **Monografia** – Universidade do Vale do Itajaí, SC.

CUNHA, Luciano Feres Fonseca da. Lei Complementar 135/2010: Natureza Jurídica das inelegibilidades e Diálogo Constitucional. **Revista Estudos Eleitorais**, v. 7, n. 1, jan/abr 2012. Disponible em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/427>.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay). **Estudios Constitucionales**, a. 11, n. 2, p. 641-694, 2013.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. A inconveniência da PEC n. 36/2016 por violação aos direitos de participação política: uma análise das cláusulas de barreira a partir do Caso Yatama Vs. Nicaragua. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 23, n. 2, p. 138-160, mai/ago 2018.

MUÑOZ POGOSSIAN, Betilde. **Las candidaturas independientes en América Latina**: repasando las reformas, sus ventajas y los retos pendientes. 2015. Disponible em: <https://reformaspoliticas.org/reformas/candidaturas/candidaturas-independientes/candidaturas-independientes/>.

NADDEO, Cecilia. Recepción de estándares internacionales en materia de derechos políticos. In: ABRA-MOVICH, Victor (Ed.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local**. La experiencia de una década. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007. p. 885-902.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Informe pericial Caso López Mendoza vs. Venezuela de Dr. Humberto Nogueira Alcalá. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 1, p. 339-362, 2011. Acesso em Mar. 2016. Disponible em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000100012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponible em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta Democrática Interamericana**. Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001 durante el Vigesimo Octavo Periodo de Sesiones. Disponible em: http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm.

SAGUES, Nestor Pedro. El “control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano. IN: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (org.). La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina? v. 2. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2895/15.pdf>.

SAHÚ MALDONADO, Alejandro. Igualdad política y acceso a la competencia electoral de candidatos independientes: el caso Jorge Castañeda Gutman. **Ciência Jurídica**, v. 8, n.15, p. 77-91, jan. 2019. Disponível em: <http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/299>.

SALGADO, Eneida Desiree. Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: uma proposta. **Estudos Eleitorais**, v. 6 n. 3, p. 103-129, 2011.

SALGADO, Eneida Desiree. A elegibilidade como direito político fundamental, as inelegibilidades retroativas da Lei Complementar 135/10 e a (in)decisão do Supremo Tribunal Federal. in: Roberta Corrêa de Araújo Monteiro; André Vicente Pires Rosa. (Org.). **Direito Constitucional - Os Desafios Contemporâneos - Uma Homenagem ao Professor Ivo Dantas**. 1ed.Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 194-218.

SALGADO, Eneida Desiree; BERTOTTI, B. M. A multifuncionalidade dos direitos fundamentais políticos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista do Direito** (Santa Cruz do Sul. Online), v. 3, p. 81-105, 2018.

SALMÓN, Elizabeth; BLANCO, Cristina. **El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Primera edición: febrero de 2012, p. 84-103. Disponível em: https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho_al_debido_proceso_en_jurisprudencia_de_corte_interamericana_ddhh.pdf.

VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. ¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alonso (Coord.). **Diálogo jurisprudencial en Derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013. p. 83-130.

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO À LUZ DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL *

ESTER EMANUELE LIMA**

ANA CLAUDIA SANTANO***

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Direito à Educação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos; 2.1. O Direito à Educação no Caso Gonzales Lluy vs. Equador; 2.2. O Direito à Educação no Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai; 3. A Jurisprudência Interamericana e o Supremo Tribunal Federal no direito à educação; 4. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Este artigo procura analisar o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e a tutela do direito à educação por meio de um breve exame dos tratados internacionais estabelecidos e pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, por meio de uma análise jurisprudencial amparada também em revisão bibliográfica, expõe-se como a Corte considera o direito à educação tendo como base normativa os tratados interamericanos, mais especificamente a Convenção Americana e o Protocolo de São Salvador.

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é um dos principais existentes no mundo para a defesa desse conjunto de direitos. Situa-se no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) e conta com dois órgãos de muita relevância, a Co-

* Este artigo faz parte da pesquisa desenvolvida dentro do Programa de Iniciação Científica (PROINC) do Centro Universitário Autônomo do Brasil, UniBrasil, entre 2019 e 2020.

** Aluna da graduação do curso de Direito e participante do Programa de Iniciação Científica do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil (Curitiba- PR, Brasil).

*** Professora do programa de mestrado e doutorado em direitos fundamentais e democracia, UniBrasil (Curitiba-PR, Brasil). Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas, Universidad de Salamanca, (Salamanca, Espanha). Período pós-doutoral em Direito Público Econômico na PUCPR e em Direito Constitucional, Universidad Externado de Colômbia.

missão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O principal documento que rege a proteção dos direitos humanos nas Américas é a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (também conhecida como Pacto São José da Costa Rica), assim como outros documentos do Sistema que tratam de temas específicos.

Nesta perspectiva, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante “Corte IDH” ou “Corte Interamericana”) constitui-se como tribunal internacional da mesma forma que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos. Trata-se de uma instituição que tem por objetivo a aplicação e interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo função consultiva, bem como contenciosa, podendo determinar medidas provisórias para os casos que requerem providências emergenciais, assim como proferir sentenças. Além disso, a Corte IDH também exerce atividade supervisionando o cumprimento de suas sentenças. É importante ressaltar que as sentenças decisórias proferidas pela Corte IDH têm força vinculante.

À Corte Interamericana cabe apreciar os casos apresentados pela Comissão Interamericana ou por um Estado-parte, em que outros Estados são denunciados por violação dos Direitos Humanos protegidos pelos documentos já citados. No entanto, somente podem ser denunciados os Estados que expressamente reconhecem a competência da Corte para esse fim, nos termos do artigo 62, parágrafo 3º, do Pacto de São José da Costa Rica.

Neste panorama internacional, o Brasil é um dos Estados membros do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos tendo incorporado a Convenção Americana ao direito pátrio através do Decreto Presidencial nº 678 de 1992. Ainda, o país reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana por meio do Decreto Legislativo nº 89 de 1998, ficando o Brasil sujeito a eventuais sanções estabelecidas por este tribunal no que diz respeito ao cumprimento do Pacto de São José. O país já conta com diversas condenações violação aos Direitos Humanos, como ocorreu no Caso Ximenes Lopes, Caso Gomes Lund e Caso Favela Nova Brasília.

Um dos direitos tutelados pela normativa interamericana é o direito à educação, que já conta com casos julgados pela Corte IDH, o que mostra que podem existir parâmetros de concretização desse direito dentro dos países parte do Sistema Interamericano. Diante disso, o objetivo desse artigo é conhecer como se dá o entendimento da Corte IDH relativo ao direito à educação no âmbito deste Sistema e, concebendo o Brasil como um país comprometido com a proteção dos direitos humanos no cenário internacional, analisar se a Suprema Corte brasileira faz uso da jurisprudência interamericana na fundamentação de sentenças decisórias relativas ao direito à educação.

2. O Direito à Educação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 tutela o direito à educação junto aos direitos à ciência e cultura no artigo 26, disciplinando que os países membros devem buscar a efetivação progressiva desses direitos por via legislativa ou por outros meios apropriados. Já o Protocolo de São Salvador, tratado adicional ao Pacto de São José responsável por tratar de forma mais específica as matérias de direitos econômicos, sociais e culturais, ele disciplina no artigo 13 que a educação é direito de todos, tendo de ser exercido sem discriminação (artigo 1º da Convenção e artigo 3º do Protocolo de São Salvador), devendo ser orientado visando o pleno desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade, favorecendo o pluralismo de ideias assim como as liberdades fundamentais. Ainda, o dispositivo incentiva a acessibilidade e a implementação progressiva do ensino gratuito; devendo ser inteiramente gratuito o ensino chamado primário, e devendo, também, ser amplamente acessível o ensino específico para populações com algum tipo de dificuldade a fim de reparar eventual falha no ensino, seja por deficiência do indivíduo (impedimento físico ou mental) ou por já ser adulto sem ter tido acesso à educação básica em tempo oportuno.

Apesar deste direito aparecer atrelado ao direito à ciência e cultura na Convenção principal do sistema, e nas decisões da Corte IDH no geral, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos entende e defende que a educação é o direito chave para o progresso dos Estados em relação aos direitos sociais como um todo e no desenvolvimento digno da pessoa humana. Conforme afirmou o juiz Cançado Trindade ao proferir voto separado na sentença do Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, “a garantia da não-repetição de violações dos direitos humanos (...) passa necessariamente pela educação e capacitação em direitos humanos.”¹

Na jurisprudência da Corte Interamericana – cuja consolidação se dá pelas decisões proferidas relativas aos casos apresentados pela Comissão Interamericana bem como as opiniões consultivas proferidas pela Corte – o direito à educação é geralmente apreciado no bojo dos direitos sociais. Por óbvio, o entendimento deste tribunal acerca do que é proferido nas sentenças publicadas quanto ao direito à educação reitera aquilo que é enunciado pela Convenção Americana de Direitos Humanos em conjunto ao Protocolo de São Salvador.

Até 2020, a Corte Interamericana já proferiu algumas sentenças envolvendo o direito à educação, ainda que este esteja atrelado ao direito à cultura, à ciência, e demais direitos sociais. Há outros também que alcançaram a Comissão Interamericana e que se referem

¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Voto Separado do Juiz. A. A. Cançado Trindade. [2006]. parágrafo 37. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf> Acesso em: 20 jul. de 2020.

diretamente a este direito.² Para entender como se dá construção do entendimento da Corte IDH referente ao direito à educação, foram selecionados dois casos, a saber, o Caso Gonzales Lluy vs. Equador e o Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai. A escolha dos casos se deu por busca jurisprudencial no sistema da Corte IDH disponível na internet por meios dos termos “direito” e “educação”, assim como em espanhol “derecho” e “educación”, porém se alerta para outros casos envolvendo este direito e que o combinam com outros, como os direitos da criança e do adolescente.³

2.1. O Direito à Educação no Caso Gonzales Lluy vs. Equador

No *Caso Gonzales Lluy vs. Equador*⁴ é relatado que Talía Gabriela Gonzales Lluy teve seu direito à educação negado ao ser expulsa (aos 5 anos de idade) da instituição de ensino onde estudava após as autoridades da escola tomarem conhecimento que ela era portadora do vírus HIV. O Estado do Equador, quando acionada sua jurisdição, sugeriu como solução o ensino individual e à distância. Ao apreciar o referido caso, a Comissão Interamericana se pronunciou alegando ser esta uma situação claramente discriminatória e, pelo fato de portar HIV, a obrigação de velar pela educação de Lluy se torna reforçada tendo em vista sua situação de vulnerabilidade, devendo o direito à educação ser garantido visando lhe proporcionar condições mínimas de vida e desenvolvimento dignos. Quanto ao posicionamento da Corte Interamericana, este caso permitiu que fosse proferido pela primeira vez entendimento acerca do direito à educação de pessoas com condições médicas potencialmente geradoras de deficiências, como o HIV.⁵

Inicialmente, a Corte IDH se apoderou do posicionamento do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU ao destacar que o direito à educação é essencial para garantir o cumprimento de demais Direitos Humanos. O tribunal destacou que é dever

² São os casos Testemunhas de Jeová vs. Argentina; Adriana Victoria Plaza Orbe e Daniel Ernesto Plaza Orbe vs. Equador; Adolescentes em custódia da FEBEM vs. Brasil; Xavier Alejandro León Vega vs Equador; Comunidades de Alcántara vs. Brasil; Membros da Comunidade Indígena de Ananás e outros vs Brasil; Mónica Carabantes Galleguillos vs. Chile. Nota-se que todos os casos enfocando direito à educação frequentemente trazem outros na análise. Sobre o tema, cf. RAMIREZ HUAROTO, Beatriz; ALVAREZ ALVAREZ, Brenda Ibbette. **Jurisprudencia sobre el Derecho a la Educación en los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos**. Lima: CLADEM, 2011.

³ Isso ocorre, por exemplo, na Opinião Consultiva 17/02; Villagrán Morales vs. Guatemala; “Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguai; Yakyé Axa vs. Paraguai; Sawhoyamaya vs. Paraguai e Dilcia Yean y Violeta Bosico vs. República Dominicana.

⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso Gonzales Lluy vs. Equador**. Sentença de 1 set. de 2015. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/copy_of_GonzalesLluyEquadorRevisaovf.pdf> Acesso em: 20 jul. 2020.

⁵ Sobre o caso, cf. VARGAS VERA, Georgina. Interseccionalidad de la discriminación, formas agravadas de vulnerabilidad. El caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. **Iuris Dictio**, v. 18, n. 18, p. 139-148. 2016.; RONCONI, Liliana. Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso Gonzales Lluy y Otros contra Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario de Derechos Humanos**, n.12, 119-131, 2016.

do Estado, dentro de sua tradição cultural e religiosa, proporcionar educação sobre o HIV, acerca da prevenção e atendimento eficazes. Ainda, afirmou que não se deve negar esse direito sobretudo de forma discriminatória, seja no acesso às escolas, universidades ou bolsas de estudo, tendo em vista que não há razões de saúde pública que justificariam tais medidas, não havendo risco de transmitir o HIV em ambientes educativos. A partir do caso apresentado, a Corte IDH deliberou que do direito à educação se desenvolve o direito de dispor de informação oportuna e livre de preconceito sobre o HIV/SIDA, que não se pode impedir o acesso dessas pessoas aos centros educativos bem como que o direito à educação deve promover inclusão e não discriminação no ambiente social.

Além disso, a Corte Interamericana deliberou acerca do direito de Lluy permanecer no sistema educativo, de não ser discriminada e da adaptabilidade necessária que o direito à educação clama. Foi analisado o conceito de discriminação no ambiente escolar até então não discutido por este tribunal, reforçando a percepção de que os conceitos e direitos mais específicos vêm a ser trabalhados em cada caso, mas sem prejuízo de poder-se extrair o entendimento proferido pelo órgão conforme adequada interpretação. Aqui, a fim de desenvolver os desdobramentos da situação de discriminação e estigmatização à qual Lluy foi submetida, a Corte IDH dialogou com a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e com tratados das Nações Unidas sobre direitos sociais, o que exala o comprometimento internacional e interligação entre os sistemas que tem por fim último a proteção dos Direitos Humanos. Entendeu-se o Estado equatoriano responsável por violar o direito à educação de Talía Gonzales Lluy e que a discriminação sofrida (na época) pela criança esteve associada a fatores como ser mulher, pessoa com HIV, pessoa com deficiência e sua condição socioeconômica de pobreza.

2.2. O Direito à Educação no Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai

Já no *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*⁶, o relatório da sentença apresenta o seguinte caso: perquiriu-se a responsabilização internacional do Paraguai por falta de garantia do direito de propriedade ancestral desta comunidade indígena e seus membros, já que, há mais de 10 anos tramitava na justiça nacional uma solicitação de reivindicação territorial; este cenário colocou em situação de vulnerabilidade a comunidade, a ponto de a integridade e sobrevivência da comunidade indígena Xákmok Kásek ser posta em cheque pelas condições alimentares, médicas e sanitárias às quais estava submetida.⁷

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai**. Sentença de 24 de ago. de 2010. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/25ecf2789dfd641e1ec8f520762ac220.pdf> > Acesso em: 30 de jul. 2020.

⁷ Sobre o caso, cf. BUCETTO, María Sol El derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas: estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **LEX**. n° 25. A. XVIII, p. 13-32. 2020.

Diversos foram os artigos da Convenção Americana violados neste caso e, aqui, o direito à educação foi deliberado pela Corte Interamericana junto aos direitos da criança e o direito à vida digna. Nesse recorte, alegou-se que cerca de 60 crianças da comunidade eram acomodadas para estudar em uma estrutura precária, sem teto nem chão, sem cadeiras ou mesas e sem materiais educativos. Foi alegado também que, por falta de água e alimentos, a frequência das crianças na escola se mostrava cada vez menor. O Estado afirmou ter entregado materiais escolares e merenda escolar através do Ministério da Educação, e que estava em curso um plano para construir uma escola no assentamento da comunidade assim que finalizados os trâmites de escrituração de terras – situação comprovada pelo acervo probatório apresentado à Comissão. Ainda assim, um docente da comunidade indicou que a distribuição de merendas escolares era esporádica, e não mensal.

Outro fator importante a ser ressaltado do caso presente é que, apesar do idioma falado pelo membros da comunidade Xákmok Kásek ser *sanapaná* e *enxet*, o ensino era ofertado nos idiomas *guarani* e castelhano, o que chama a atenção para o dever de o Estado ter de satisfazer o direito à educação no seio de comunidades indígenas através de uma perspectiva etnoeducativa⁸; ou seja, adaptando as diretrizes escolares para que sejam culturalmente aceitáveis a fim de atender às peculiaridades étnicas destas comunidades.

Ao analisar o caso, a Corte Interamericana entendeu que, apesar de o Estado ter apresentado prestação assistencial acerca da educação, incluindo capacitação de docentes para a recuperação da língua e na revitalização da cultura, foi comprovada a situação precária da instalação escolar (confirmando o quadro exposto anteriormente). Constatou-se que o Estado não assegurava nenhuma política educacional a fim de evitar a deserção escolar. Assim, toda a assistência prestada não foi suficiente para superar as condições de vulnerabilidade que se encontravam as crianças da comunidade indígena.

A Corte IDH entendeu também que a situação dos membros da comunidade Xákmok Kásek estava intrinsecamente ligada à questão da reivindicação territorial, já que, de acordo com suas tradições ancestrais, a ausência de possibilidades de autoabastecimento e de sustentabilidade de seus membros os torna dependentes quase que exclusivamente da assistência estatal – o que levou-os a viver de uma forma não somente distinta a suas pautas culturais, mas na miséria. Ao concluir que o direito à vida digna e, conseqüentemente, o direito à educação foram violados, a Corte IDH se valeu do que disciplina o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas em sua Observação Genal nº 21, para afirmar que a pobreza limita gravemente a capacidade do grupo de desfru-

⁸ Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais estabelece no artigo 27, parágrafo 1º, que “os programas e serviços educacionais concebidos para os povos interessados deverão ser desenvolvidos e implementados em cooperação com eles para que possam satisfazer suas necessidades especiais e incorporar sua história, conhecimentos, técnicas e sistemas de valores, bem como promover suas aspirações sociais, econômicas e culturais.”

tar efetivamente de sua própria cultura, assim como limita o direito deles de poder participar e contribuir na sociedade.

Feita esta análise, é possível compreender que o entendimento da Corte Interamericana relativo à educação e ao ensino dignos é construído a partir dos casos que lhe são submetidos. Os desdobramentos referentes ao direito à educação e a prestação que este direito emana resultam na ampliação do que foi consagrado no Protocolo de São Salvador. Em suma, o artigo 13 deste tratado exige dos Estados partes a implementação progressiva do ensino gratuito e acessível a todos, e a vedação ao retrocesso a respeito da efetivação desse direito.

3. A Jurisprudência Interamericana e o Supremo Tribunal Federal no direito à educação

Apesar de o Brasil ter incorporado ao ordenamento jurídico interno os mais importantes tratados e acordos internacionais de proteção aos direitos humanos, via de regra, não é comum que juizes apresentem sentenças cuja fundamentação tenha embasamento nos documentos internacionais sancionados, seja de direitos humanos ou de assunto especializado. Quer seja por desconhecimento ou dificuldade de acesso, essa ausência é observada também em atividades relacionadas aos operadores do direito em geral e aos administradores públicos dos Três Poderes do Estado brasileiro⁹.

O Ministério Público Federal do Brasil, órgão independente dos Poderes tripartites responsável pela defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis (entre outras funções), tem feito bom trabalho ao disponibilizar sentenças e opiniões consultivas da Corte Interamericana traduzidas para a língua portuguesa em sua página oficial na internet. Segundo o que consta no portal *online* do MPF¹⁰, a iniciativa tem por objetivo estimular o estudo e interpretação internacionalista dos direitos humanos no país, a fim de que os operadores do direito tenham amplo acesso ao diploma internacional. Essa ação mostra um maior comprometimento dos órgãos estaduais brasileiros em integrar o diploma interamericano nas suas atividades jurídicas, fazendo cair por terra barreiras linguísticas de acesso a esses documentos (embora no próprio endereço eletrônico da OEA a maioria dos documentos interamericanos tenham versões traduzidas para o português).

⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 5. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/3-direitos-economicos-sociais-culturais-e-discriminacao.pdf>> Acesso em: 10 de jul. 2020. Ainda sobre o tema, cf. SANTANO, Ana Claudia. Um balanço dos 30 anos da Constituição Federal de 1988: Os direitos humanos na jurisprudência e nos juizes. **Novos Estudos Jurídicos (ONLINE)**, v. 25, p. 208-234, 2020.

¹⁰ Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-disponibiliza-sentencas-da-corte-interamericana-de-direitos-humanas-traduzidas-para-o-portugues>> acesso em: 15 jul. 2020.

Porém, os esforços de integração do Sistema Interamericano na atividade jurisdicional brasileira nem sempre é recíproco por parte dos próprios tribunais. Ainda que se perceba ao longo dos anos, aos poucos, inclusão dos documentos internacionais em fundamentações judiciais proferidas especificamente pelo Supremo Tribunal Federal, cujas sentenças são objeto de estudo, é muito pouco relevante no que diz respeito às decisões que discutem o direito à educação. Acerca deste direito, através de uma pesquisa na jurisprudência do STF¹¹, foi possível constatar que é rara a menção da jurisprudência da Corte Interamericana e até mesmo dos tratados do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos nas decisões proferidas pela Suprema Corte brasileira. Verifica-se que as referências feitas à legislação internacional e a precedentes da Corte IDH mostram-se tão somente no reforço argumentativo das teses utilizadas pelos Ministros do Supremo, ficando carente o devido aprofundamento na análise dos casos e até mesmo a adequação da legislação internacional com as situações fáticas analisadas pelo STF.

Ao analisar o aproveitamento do sistema interamericano em matéria de educação, poucos são os casos efetivamente prestacionais discutidos pelo Supremo, sendo a Convenção Americana de Direitos Humanos melhor apreciada em questões de liberdade de pensamento nas escolas, defesa do pluralismo de ideias¹², reprimindo o controle político do ensino e defendendo o caráter emancipatório do desenvolvimento da personalidade humana¹³. Relativo à jurisprudência da Corte Interamericana, o entendimento desta Corte é pobremente aproveitado quando se trata de educação e ensino, sendo utilizado geralmente para casos que envolvam questões criminais, no sentido material e processual.

Um ponto importante a se observar no ordenamento jurídico brasileiro é a questão da hierarquia que têm os tratados internacionais de direitos humanos. Isso porque, em sua maioria, estes tratados foram incorporados ao direito pátrio anteriormente à Emenda

¹¹ Pesquisa de dados realizada em 2019 através do Programa de Iniciação Científica (PROINC) do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, orientada pela Prof.^a Ana Claudia Santano.

¹² Na decisão do ADI 5537, a qual aprecia esse direito (entre outros), o Ministro Roberto Barroso se valeu do artigo 13 do Protocolo de São Salvador para defender que, ainda que os pais tenham o direito de escolher qual o tipo de educação seus filhos irão receber (art. 13, §4º do Protocolo), as diretrizes de ensino devem estar aptas ao “pleno desenvolvimento da personalidade humana, à participação em uma sociedade democrática, à promoção do pluralismo ideológico e das liberdades fundamentais.” (parágrafo 35).

¹³ Na decisão referente ao ADPF nº461, deliberou-se sobre uma norma municipal que tinha por objetivo proibir o ensino em escolas sobre gênero e orientação sexual. Ao conceder liminar, o Ministro Barroso afirmou, com base nos documentos do Sistema Interamericano que “não se deve recusar aos alunos acesso a temas com os quais inevitavelmente travarão contato na vida em sociedade. A educação tem o propósito de prepará-los para ela. Além disso, há uma evidente relação de causa e efeito entre a exposição dos alunos aos mais diversos conteúdos e a aptidão da educação para promover o seu pleno desenvolvimento. Quanto maior é o contato do aluno com visões de mundo diferentes, mais amplo tende a ser o universo de ideias a partir do qual pode desenvolver uma visão crítica, e mais confortável tende a ser o trânsito em ambientes diferentes dos seus. É por isso que o pluralismo ideológico e a promoção dos valores da liberdade são assegurados na Constituição e em todas as normas internacionais antes mencionadas.” (parágrafo 16)

Constitucional nº 45 de 2004¹⁴, ou seja, foram introduzidos com força de lei ordinária. A emenda, porém, altera o regime jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados após sua entrada em vigência, concedendo-lhes status constitucional (desde que aprovados pelo mesmo procedimento exigido às emendas constitucionais). Ao tratar da hierarquia destes tratados no direito interno brasileiro, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que, na Constituição vigente do Brasil, de 1988, “foram consagrados direitos fundamentais já positivados em tratados internacionais, embora tais tratados ainda não tivessem sido, à época, definitivamente incorporados ao direito interno, como é o caso da Convenção de São José da Costa Rica (...).”¹⁵ — aqui, entende-se que os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados no direito interno¹⁶. Esta constatação pode explicar a prevalência de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (acerca de direitos fundamentais, sobretudo o direito à educação) fundamentadas somente com dispositivos constitucionais. Fato é que a exiguidade dos tratados na prestação jurisdicional do direito à educação não prejudica que este seja contemplado pelos demandantes do STF. Contudo, a jurisdição brasileira não se isenta do compromisso feito internacionalmente de incorporar o Sistema Interamericano ao direito interno visando a efetivação desses direitos, como disciplinam os artigos 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos e 1º do Protocolo de São Salvador — ambos os dispositivos afirmam que o Estado deve adotar medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”, o que inclui medidas de natureza jurisdicional para a incorporação dos pactos.

Também, o fato de a jurisprudência interamericana não ser apreciada pelo STF de modo significativo pode se dar pelas peculiaridades casuísticas que abrangem as ocorrências analisadas pela Corte Interamericana. Certo é que cada região apresenta litígios dissemelhantes relacionados ao cotidiano e costumes locais. Entretanto, mais uma vez, apesar das singularidades locais, estando o Brasil inserido num cenário internacional de integração jurídica e comprometimento com a salvaguarda de direitos básicos inerentes à dignidade humana, e, sendo o STF órgão de máximo poder da jurisdição brasileira, é papel desta Suprema Corte dialogar com os documentos e jurisprudência interamericanas (bem como demais tratados internacionais) para sustentar boa imagem e relacionamento com a comunidade internacional. Ademais, em se tratando do direito à educação, todo e qualquer documento

¹⁴ Emenda esta que alterou o artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, acrescentando um parágrafo com o seguinte texto: “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.”

¹⁵ SARLET, I. W. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. *Espaço Jurídico Journal of Law* [EJL], v. 12, n. 2, 2011. p. 334. Disponível em <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1328>> Acesso em: 20 jul. 2020.

¹⁶ ROSÁRIO, Rogéria Chaves. Direitos humanos em face da dignidade da pessoa humana. *Revista Âmbito Jurídico*, São Paulo, Ano XX, n. 163, ago. 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/direitos-humanos-em-face-da-dignidade-da-pessoa-humana/>> Acesso em: 23 jul. 2020.

legal que tutele sua garantia e proteção deve ser bem aproveitado, sobretudo quando se trata do acesso a este direito fundamental por minorias vulneráveis (como nos casos analisados anteriormente).

Cabe, no entanto, destacar que a ordem constitucional brasileira foi muito generosa em suas disposições sobre direitos sociais, não sendo o direito à educação exceção, estando disposto nos arts. 205 a 212. Nesse contexto, a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser incentivada e promovida com a colaboração da sociedade, objetivando o pleno desenvolvimento da pessoa, sua preparação para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.¹⁷ Este fato pode explicar a opção frequente por parte de julgadores de fundamentar suas decisões sobre este direito somente com base no direito brasileiro, o que, claro, não retira a importância da análise aqui proposta sobre o impacto das decisões da Corte IDH no STF no que se refere ao direito à educação.

4. Conclusão

Após breve introdução para compreender o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e sua importância nas Américas no que se refere à proteção dos direitos humanos, e a relação que o Brasil estabelece com este sistema, pôde-se observar como é tutelado o direito à educação no âmbito interamericano e a construção do entendimento da Corte Interamericana acerca deste direito, com a análise dos casos *Gonzales Lluy vs. Equador* e *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Então, analisou-se se o Supremo Tribunal Federal aproveita os tratados interamericanos do Pacto de São José e Protocolo de São Salvador, bem como a jurisprudência interamericana, na fundamentação de suas sentenças decisórias sobre o direito à educação. Observou-se que apesar dos esforços do Ministério Público Federal, no âmbito de sua competência, de tornar acessível a jurisprudência e o diploma interamericanos aos operadores de direito, a própria instância máxima da jurisdição brasileira não apresenta o mesmo afincamento quanto ao aproveitamento de tais documentos ao contemplar o direito à educação em suas decisões.

Por fim, entende-se que é esperado dos tribunais brasileiros, sobretudo da atuação do Supremo Tribunal Federal, o bom aproveitamento do Sistema Interamericano e seus documentos nas fundamentações judiciais e decisórias como gesto da incorporação deste Sistema ao direito interno, visto que a realização dos direitos humanos deve ser uma cooperação entre direito interno e internacional, e de compromisso com o disposto nos artigos 2º da Convenção Americana e 1º do Protocolo de São Salvador. O acesso à educação, neste panorama, é peça fundamental para que seja desenvolvida uma cultura de respeito e proteção aos direitos humanos pela sociedade como um todo, além de ser a única ferramenta que pode garantir a longevidade desta cultura.

¹⁷ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013.

Referências

BRASIL. Emenda Constitucional N.º 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 13 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5537**. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, mar. 2017. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho722387/false>> Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 461**. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, jun. 2017. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho754313/false>> Acesso em 12 ago. 2020.

BUCETTO, María Sol El derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas: estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **LEX**. nº 25. A. XVIII, p. 13-32. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gonzales Lluy vs. Equador. Sentença de 1 de set. de 2015. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/copy_of_GonzalesLluyvEquadorRevisaovf.pdf> acesso em: 20 jul. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes versus Brasil. Voto Separado do Juiz. A. A. Cançado Trindade. [2006]. Parágrafo 37. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf> Acesso em: 30 jul. de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai. Sentença de 24 de ago. de 2010. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/25ecf2789dfd641e1ec8f520762ac220.pdf>> Acesso em: 30 de jul. 2020.

DUARTE, Clarice Seixas; GOTTI, Alessandra. A educação no sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.1, 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 5. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/3-direitos-economicos-sociais-culturais-e-discriminacao.pdf>> Acesso em: 10 de jul. 2020.

MPF disponibiliza sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos traduzidas para o português. Ministério Público Federal, 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-disponibiliza-sentencas-da-corte-interamericana-de-direitos-humanas-traduzidas-para-o-portugues>> Acesso em: 15 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20169.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

ROSÁRIO, Rogéria Chaves. Direitos humanos em face da dignidade da pessoa humana. Revista Âmbito Jurídico, São Paulo, Ano XX, n. 163, ago. 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/direitos-humanos-em-face-da-dignidade-da-pessoa-humana/>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

RAMIREZ HUAROTO, Beatriz; ALVAREZ ALVAREZ, Brenda Ibette. **Jurisprudencia sobre el Derecho a la Educación en los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos**. Lima: CLADEM, 2011.

RONCONI, Liliana. Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso Gonzales Lluy y Otros contra Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario de Derechos Humanos**, n.12, 119-131, 2016.

SANTANO, Ana Cláudia. Um balanço dos 30 anos da Constituição Federal de 1988: Os direitos humanos na jurisprudência e nos juízes. **Novos Estudos Jurídicos** (ONLINE), v. 25, p. 208-234, 2020.

SARLET, I. W. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Espaço Jurídico Journal of Law** [EJL], v. 12, n. 2, 2011. p. 334. Disponível em <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1328>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

VARGAS VERA, Georgina. Interseccionalidad de la discriminación, formas agravadas de vulnerabilidad. El caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. **Iuris Dictio**, v. 18, n. 18, p. 139-148. 2016.

O EXERCÍCIO DO DIREITO À LIBERDADE DE OPINIÃO E EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE DO HATE SPEECH NO DIREITO BRASILEIRO E NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

VIVIAN CRISTINA LIMA LÓPEZ VALLE*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A liberdade de Expressão no direito brasileiro e na Corte Interamericana de Direitos Humanos: conteúdo e interpretação no plano constitucional e convencional; 3. *Hate speech* ou discurso de ódio como vetor do retrocesso social e da fragilização da democracia; 4. Função ordenadora estatal e a necessária relativização da liberdade de expressão do pensamento na contemporaneidade: a coerção estatal aos intolerantes e o dever de promoção de desenvolvimento inclusivo e não discriminatório; 5. Considerações finais; Referências.

1. Introdução

A sociedade contemporânea é caracterizada por um aumento considerável de cenários ou mídias digitais, através dos quais os cidadãos expressam suas ideias e opiniões, não apenas sobre questões pessoais, mas também sobre eventos de ordem política, econômica, social e cultural.

Redes sociais como *Facebook, instagram, twitter, telegram, whatsapp*, e a proliferação de informações através das diferentes mídias, constituem-se vetores pelos quais a liberdade de opinião e expressão vem ganhando força e confiança. No entanto, esse amplo desenvolvimento não é livre de abusos aos direitos e liberdades individuais.

* Professora Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Contratação Pública pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídico - IBEJ. Coordenadora Adjunta do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Coordenadora do Curso de Especialização em Licitações e Contratos da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Diretora Acadêmica do Instituto Paranaense de Direito Administrativo e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro da Comissão de Gestão Pública da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Advogada especializada em Direito Público.

Nesse contexto, o discurso de ódio ou *hate speech* constitui-se um risco que não afeta apenas a esfera individual da integridade e dos direitos das pessoas, mas também enfraquece a democracia, estabelecendo-se como um vetor de informação, equivocadamente “protegido” sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que impede um exercício adequado do direito, como um pressuposto para a construção do desenvolvimento sustentável em todos os sentidos de sua expressão. Isso é, a informação e sua veracidade, assim como a certeza de seu tratamento, constituem um elemento indispensável para a construção de um Estado sustentável, compatível com os objetivos e fins constitucionais.

Assim, neste artigo, objetiva-se analisar a relação entre liberdade de expressão e discursos de ódio e analisar o impacto do *hate speech* no ambiente do Estado Democrático de Direito, buscando demonstrar os parâmetros de limitação no ordenamento jurídico constitucional e convencional para a livre expressão do pensamento e as possibilidades e limites da coerção estatal na promoção do desenvolvimento sustentável.

A partir de uma metodologia dedutiva, principalmente baseada em jurisprudências da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o presente artigo discorre, num primeiro lugar, na análise da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito, seu conteúdo e interpretação no plano constitucional e convencional. Em segundo lugar, identifica-se o conceito de *hate speech* ou discurso de **ódio** como vetor do retrocesso social e da fragilização da democracia. Finalmente, prévio às considerações finais, analisa-se a função ordenadora estatal e a necessária relativização da liberdade de expressão do pensamento na contemporaneidade: a coerção estatal aos intolerantes e o dever de promoção de desenvolvimento inclusivo e não discriminatório.

2. A liberdade de Expressão no direito brasileiro e na Corte Interamericana de Direitos Humanos: conteúdo e interpretação no plano constitucional e convencional

a) *A liberdade de expressão no Estado brasileiro*

A Liberdade de expressão é um marco civilizatório, assegurada nas primeiras declarações políticas liberais e considerada um direito individual de primeira geração, constituindo-se em um dos mais significativos marcos jurídicos da modernidade. Protege a livre expressão do pensamento, pilar de sustentação de um regime democrático.

O direito à liberdade de expressão encontra diferentes configurações nos Estados Nacionais, ora sendo enquadrado como um direito absoluto, ora definido a partir de relativizações que implicam em condicionamentos e até na criminalização estatal de condutas. Trata-se de um dos mais importantes marcos jurídicos da construção democrática das sociedades, limitando a coerção estatal em face da manifestação do pensamento livre.

Entre os países que estruturam a liberdade de expressão em uma concepção mais absoluta encontra-se os Estados Unidos e o exemplo extremo das consequências desta compreensão puderam ser sentidos no episódio ocorrido em Charlottesville, ocasião em que centenas de pessoas professando ideais racistas e violentos foram às ruas, inclusive com símbolos nazistas, legitimadas pela liberdade de pensamento e expressão, confrontaram-se com grupos de resistência, em um episódio que repercutiu mundialmente e colocou em discussão o tema da liberdade como direito absoluto e a necessidade de relativização para proteção de minorias.¹

Nos países onde a liberdade de expressão de pensamento encontra delimitação e condicionamento pela força estatal, a discussão se impõe para delimitar no plano constitucional e legal a coerção estatal. Fatores geopolíticos e históricos influenciam os contornos das limitações estabelecidas, o que produz diferentes realidades limitadoras. Na Alemanha, por exemplo, essa limitação pressupõe a proibição de conteúdo e imagens ou símbolos nazistas. Não deixa de ser um paradoxo que, sob esse mesmo tema, Estados Unidos e Alemanha, países com alto grau de legitimação democrática, organizem-se de forma tão dispar.²

No ordenamento jurídico brasileiro, a livre expressão do pensamento está estruturada como Direito Fundamental Individual, previsto Art. 5º, inciso IV da Constituição de 1988 e apresenta-se como elemento constituidor e instrumentalizador do direito à informação, do direito de resposta, proporcional ao agravo, das liberdades de religião, reunião e associação para fins lícitos.³

A liberdade de imprensa e o direito à informação são consentâneos da liberdade de expressão do pensamento e partem da premissa de que a tutela destas liberdades é fundamental para uma relação jurídico administrativa democrática e fundada no respeito aos direitos fundamentais.⁴ A democracia se organiza a partir desse ideário de liberdades. No

¹ Nesse episódio em especial cabe destacar o elevado grau de intolerância de supremacistas brancos e grupos antirracismo que entraram em confronto na cidade de Charlottesville, no Estado americano da Virgínia, no dia da realização de uma marcha convocada pela extrema-direita. Em pauta a liberdade de expressão de pensamento, ainda que deflagrada através de discursos de ódios dirigidos contra negros, imigrantes, gays e judeus. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40913908> Acesso em 24/8/19. Sobre o assunto cabe destacar SARLET, Ingo Wolfgang. **Liberdade de expressão e discurso do ódio — de Karlsruhe a Charlottesville**. <https://www.conjur.com.br/2018-ago-10/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-discurso-odio-karlsruhe-charlottesville>. Acesso em 28/8/19.

² Na Alemanha o entendimento jurídico decorre de todas as consequências deixadas pelo regime nazista após a 2ª Guerra Mundial, e toda e qualquer apologia ao nazismo é criminalizada. SILVA, Isabel Germano Rodrigues; SILVA, Josiane da Costa. **Liberdade de expressão e seus limites: o discurso de ódio é tolerável?** VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 255-273, 2o sem. 2018 – ISSN 1678-3425.

³ TÓRRES, Carolina Fernanda. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão**. Revista de Informação Legislativa, vol. 200, 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/rii/edicoes/50/200/rii_v50_n200_p61.pdf>. Acesso em: 20 agosto de 2019.

⁴ CABRAL DE MONCADA, Luís S. **A relação jurídica administrativa**. Para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativos. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 16. Na sequência do raciocínio o autor assevera que: “a relação jurídica administrativa assenta numa compreensão das rela-

Brasil essa tutela de liberdades está positivada no art. 220 da Constituição Federal, o qual assegura a todos a liberdade de informar o pensamento, sem sofrer nenhuma restrição ou embaraço ou censura política, ideológica ou artística.⁵

Com o advento da Constituição de 1988 e a redemocratização do país, a discussão sobre restrições de liberdade de expressão se estabeleceu contra desvios autoritários ou coerção estatal indevida. Sob outro enfoque, o que se pretende exatamente neste ensaio é analisar a livre expressão do pensamento na perspectiva das possibilidades de limitação pelo Estado em face de discursos de ódio, manifestações preconceituosas e de segregação.

A premissa é revisitar como ponto de partida a concepção de Noam Chomsky, de que “*Se não acreditarmos na liberdade de expressão para pessoas que desprezamos, nós não acreditamos nela de maneira alguma*”⁶. A democracia pressupõe tolerância aos intolerantes? A sociedade democrática contemporânea convive com expressões diversas de intolerância, relacionada a minorias, gênero, desfavorecidos, migrantes. Cabe ao Estado regular os níveis de intolerância social expressados nos diferentes ambientes (acadêmico, de mídias sociais, na imprensa, na mídia escrita, falada e televisionada)?

Quão tolerante deve ser uma sociedade democrática, erigida segundo um ideário de liberdades, voltada a igualdade social e individual, e constituída a partir da concepção de desenvolvimento e dignidade da pessoa humana? Tais questionamentos permeiam todo o debate contemporâneo na tutela da liberdade da expressão do pensamento e na própria concepção de relação jurídico administrativa. Cabe destacar que a Constituição de 1988 é integralmente permeada por fundamentos axiológicos e epistemológicos de igualdade, segurança jurídica, da boa-fé, justiça social, dignidade da pessoa humana e desenvolvimento sustentável.

No plano internacional e convencional, a realidade não é diferente. A Declaração Universal dos Direitos do Homem no artigo 19 estabelece que todos possuem direito à liberdade

*ções entre a Administração e os cidadãos que passa pela valorização da presença destes como interlocutores e destinatários da atividade da Administração. O paradigma do direito administrativo é agora preferencialmente pensado na perspectiva 'subjetivista' do cidadão e não na perspectiva 'objetivista' da vontade da Administração, embora se saiba que a consideração objetiva da vontade desta é também indispensável para a diagnose da relação. A relação jurídica administrativa pressupõe uma Administração voltada para o cidadão, chamado a com ela colaborar e para ele desperta.” (Id., p. 35). Nesse sentido ver SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 149-297.*

⁵ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

⁶ CHOMSKY, Noam. Entrevista a John Pilger, BBC's The Late Show, November 25, 1992. Disponível em <http://jmm.aaa.net.au/articles/14177.htm>. Acesso em 29/8/19.

de opinião e expressão.⁷ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu artigo 1º já estabelece que os Estados Partes devem comprometerem-se a respeitar os direitos e liberdades e a garantir seu livre e pleno exercício, sem discriminação 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.⁸

Disciplina ainda no artigo 13 a liberdade de pensamento e de expressão, destacando que a lei deve proibir toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.⁹

Cabe destacar que *“muito embora não exista normativa europeia específica (no sentido de uma diretiva ou regulamento) voltada ao combate do discurso de ódio na internet, as instituições europeias têm estado atentas ao problema e promovido algumas medidas concretas no sentido do seu enfrentamento, destacando-se aqui a retratada decisão da CEDH, que — e é esse o ponto a ser aqui sublinhado — chancelou a possibilidade dos Estados submetidos à sua jurisdição de, na esfera de sua margem de apreciação, tomarem medidas significativas, como é o caso da criminalização do discurso de ódio”*.¹⁰

No plano do desenvolvimento sustentável, a plataforma da Agenda 2030 igualmente tutela liberdades e orienta a ação estatal na coerção à discriminação e ao discurso de ódio. A

⁷ Todos os seres humanos têm direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

⁸ 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.

⁹ Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

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

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. O respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. A proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

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

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

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

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na internet e a jurisprudência da CEDH**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-out-26/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-discurso-odio-redes-sociais>. Acesso em 29/8/19.

Agenda 2030 trata no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 10 sobre Redução de Desigualdades, apontando que *“seu alcance depende de todos os setores na busca pela promoção de oportunidades para as pessoas mais excluídas no caminho do desenvolvimento”*.¹¹

E as metas 10.2 e 10.3 do ODS 10 estabelecem como obrigação até 2030 a promoção estatal da inclusão social, econômica e política de todos, com eliminação de práticas discriminatórias e promoção de legislação e políticas e ações adequadas a um ambiente igualitário e de tolerância.¹² Ainda na análise da Agenda 2030, o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16 orienta a promoção de sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, determinando aos Estados a promoção de leis e políticas não discriminatórias.¹³

O Brasil é signatário destes diplomas convencionais, encontrando-se tanto no plano normativo constitucional e legal interno quanto no plano normativo convencional condições adequadas para o exercício da função ordenadora estatal limitadora aos discursos de ódio e à intolerância pública e expressamente divulgados nos diferentes espaços de promoção da liberdade do pensamento.

Todo o sentido da Constituição de 1988 comunica-se com a promoção da liberdade das relações jurídicas, com o desenvolvimento da segurança jurídica e da tolerância nas relações Estado-sociedade, as quais devem estar marcadas pela igualdade e respeito. E a proposta da liberdade é antagônica à posição discriminatória ou segregadora.

O exercício da liberdade individual de expressão do pensamento e de seus consentâneos não é admitido se manifestado abusivamente ou se posicionado em confronto com a vedação geral de não discriminação. Ainda, não pode ser exercido para incitar ódio, violência, não sendo ilimitado. Vários são os exemplos no cenário internacional que evidenciam consequências nefastas para a democracia, para a tutela dos direitos fundamentais, com claro retrocesso social.

¹¹ *“Foco importante do ODS 10 é o desafio contemporâneo das migrações e fluxos de pessoas deslocadas entre países e regiões devido a conflitos, eventos climáticos extremos ou perseguições de quaisquer tipo. O alcance de suas metas é estruturante para a realização de todos os outros 16 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável”*. Plataforma Agenda 2030. Disponível em <http://www.agenda2030.com.br/ods/10/> Acesso em 27/8/19.

¹² Objetivo 10. Redução da Desigualdades. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles.
10.2. Até 2030, empoderar e promover a inclusão social, econômica e política de todos, independentemente da idade, sexo, deficiência, raça, etnia, origem, religião, condição econômica ou outra
10.3. Garantir a igualdade de oportunidades e reduzir as desigualdades de resultado, inclusive por meio da eliminação de leis, políticas e práticas discriminatórias e promover legislação, políticas e ações adequadas a este respeito.

¹³ Objetivo 16. Paz, Justiça e Instituições Eficazes. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis
16.10 Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais
16.b Promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável

Em especial, a irrestrita e absoluta concepção de liberdade de expressão do pensamento e a tolerância com discursos de ódio pode acarretar resultados possivelmente letais, com violações ao direito à vida em larga escala, como infelizmente ocorreu em Ruanda, por ocasião do genocídio de 1994 ou ainda no genocídio de Mianmar. A liberdade de expressão inclui o direito de todos a qualquer espécie de opinião, mas a sua expressão livre está condicionada aos parâmetros convencionais, constitucionais e legais de não incitação à violência e à discriminação.¹⁴

A visão que permeia o debate de ideias na contemporaneidade pressupõe um modelo de relação jurídica beligerante. É preciso atuação estatal concertada, proporcional, adequada, razoável, porém enfática na defesa da não discriminação. Trata-se de dever legal, constitucional e convencional.

Todavia, cabe destacar que o enquadramento da expressão do pensamento como discurso de ódio deve ser adequadamente equacionado, orientado pelos valores constitucionais e convencionais de não discriminação, inclusão, tolerância e desenvolvimento sustentá-

¹⁴ “A Human Rights Watch acrescenta: “liberdade de expressão é um indicador: como qualquer sociedade tolera minorias, desfavorecidos ou até mesmo aqueles com pontos de vista desagradáveis irá frequentemente mostrar seu desempenho sobre direitos humanos de forma mais geral”. Este direito sustenta muitos outros, como de liberdade de religião, de reunião pacífica e a habilidade de participar em questões políticas, mas a liberdade de expressão não é ilimitada. Uma metáfora comum para descrever seus limites é que você não pode gritar “fogo” falsamente em um teatro lotado e causar pânico e possíveis danos. Outras formas de expressão geralmente não protegidas incluem pornografia infantil, perjúrio, chantagem e incitação à violência. Os redatores da DUDH lutaram com a questão de quão tolerante uma sociedade deve ser com pessoas como nazistas e fascistas, que são intolerantes. Eles estavam extremamente conscientes sobre o papel desempenhado pela mídia e pela indústria cinematográfica nazista na criação de um ambiente que permitiu o massacre de 6 milhões de judeus e outros grupos, como o povo roma (ciganos) e pessoas com deficiências. Após a chegada ao poder em 1933, os nazistas usaram uma série de novas leis e regulamentos para esmagar a mídia independente, colocando uma máquina totalitária de propaganda em seu lugar, sob comando de Joseph Goebbels, ministro da Propaganda. Como resultado, qualquer ação de ódio por questão nacional, racial ou religiosa que constitui incitação à discriminação, hostilidade ou violência foi explicitamente proibida quando a DUDH foi traduzida em lei internacional vinculante através de tratados subsequentes. No Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a liberdade de expressão ocupa a mesma posição (Artigo 19) da DUDH, fornecendo critérios explícitos do que governos precisam cumprir quando restringem liberdade de expressão. O Artigo 20 estabelece os limites da proibição de incitação. Os resultados possivelmente letais de discursos de ódio – incluindo sua habilidade de permitir violação ao direito à vida em larga escala – foram graficamente demonstrados quando a rádio Mille Collines, de Ruanda, criou as bases para o genocídio de 1994, ao desumanizar cidadãos e classificá-los como inimigos. Aproximadamente 800 mil pessoas foram mortas. Mais recentemente, em Mianmar, mensagens de incitação ao ódio e violência se espalharam em velocidade alarmante nas redes sociais e podem ter contribuído para genocídio e crimes contra a humanidade. A missão independente para descoberta de fatos em Mianmar destacou o uso do Facebook pelo Exército de Mianmar para incitar ódio e espalhar informações falsas com o objetivo de justificar ações contra civis. Em reação, o Facebook fechou diversas destas contas. Você tem direito a ter qualquer opinião, não importa quão ruim seja, mas a expressão desta opinião – se representar incitação – deve ser declarada ilegal, com exemplos históricos claros do que pode acontecer quando isto não acontece. Quando um tabloide britânico reviveu o estilo da rádio Mille Collines em 2015, ao se referir a migrantes e refugiados como “baratas”, o então chefe de Conselho de Direitos Humanos da ONU, Zeid Ra’ad Al Hussein, pediu para países europeus adotarem uma posição mais firme em relação ao racismo e à xenofobia. “Sob o distarce de liberdade de expressão, está sendo permitido alimentar um vicioso ciclo de difamação, intolerância e politização de migrantes, assim como de minorias europeias marginalizadas, como o povo roma”, afirmou.” Disponível em <https://nacoesunidas.org/artigo-19-direito-a-liberdade-de-opiniao-e-expressao/>. Acesso em 27/8/19.

vel, de modo a impedir a indevida restrição à liberdade. O uso impreciso ou o enquadramento incorreto do discurso de ódio pode viabilizar uma fragilização da liberdade de imprensa, de vezes dissidentes a governos, e viabilizar a legalização de censuras indevidas e constitucionais e convencionalmente vedadas em sua essência.

Os parâmetros do enquadramento do discurso de ódio ou “hate speech” necessariamente devem estar relacionados pelos valores constitucionais e convencionais acima nominados: não discriminação, inclusão, tolerância e desenvolvimento sustentável.¹⁵ A igualdade de condições, direitos e oportunidades é pressuposto para o desenvolvimento e este é o fio condutor que confere sentido à Constituição de 1988 na construção de uma sociedade mais igualitária, justa e livre. Nesse sentido cabe a correta lição de Clève, ao apontar que constituições são documentos normativos do Estado e da sociedade, representando redefinição das relações políticas e sociais e regulando o exercício do poder para transformar “a potestas em *autoritas*”, impondo vetores específicos para ação estatal.¹⁶

b) *A liberdade de expressão em algumas jurisprudências da Corte Interamericana de Direitos Humanos*

De acordo com o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a liberdade de expressão é protegida, garantindo o direito de “buscar, receber e transmitir informações e ideias de todo tipo”. Ao proteger este direito, o discurso do ódio passa a ser enquadrado dentro de parâmetros específicos. Estes incluem diferentes concepções: ninguém deve ser punido por dizer a verdade; ninguém deve ser punido por disseminar discursos de ódio, a menos que prove que a sua intenção é incitar à discriminação e à hostilidade; o

¹⁵ “A ONU criticou em diversas ocasiões leis domésticas problemáticas que suprimem a oposição ou dissidência em nome do combate ao “discurso de ódio”. O relator especial sobre a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e expressão, David Kaye, destacou que “Estados frequentemente fazem proibições vagas relativas à ‘defesa do ódio’ que não representam incitação”. O Artigo 19 inclui o direito de “procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. Embora indivíduos usufruam dos meios direitos online e offline, Estados também estão censurando, e às vezes criminalizando, uma ampla gama de conteúdos online através de leis vagas ou ambíguas proibindo “extremismo”, “blasfêmia”, “difamação”, linguagem “ofensiva”, “notícias falsas” e “propaganda”. (...) Conforme esforços para controlar discursos e informações aumentam, o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) forneceu diretrizes sobre como distinguir liberdade de expressão de discurso de ódio através do “Plano de Ação de Rabat”, que sugere a criação de um patamar alto para interpretar as restrições criadas pela lei internacional de direitos humanos na limitação de liberdade de expressão.” Disponível em <https://nacoesunidas.org/artigo-19-direito-a-liberdade-de-opiniao-e-expressao/>. Acesso em 27/8/19.

¹⁶ “As constituições hoje são documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição, das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. A Constituição não apenas regula o exercício do poder, transformando a potestas em *autoritas*, mas também impõe coordenadas específicas para o Estado, apontando o vetor de sua ação”. CLÉVE, Clémerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 38.

direito dos jornalistas de decidir sobre a melhor maneira de transmitir informações deve ser respeitado; e ninguém deve ser sujeito a censura prévia, entre outras.¹⁷

Na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a questão da liberdade de expressão tem sido objeto de decisões múltiplas e transcendentais. Desde 2001, com a decisão *Olmedo Bustos et al. v. Chile*, também conhecida como “A Última Tentação de Cristo”, a Corte protegeu os direitos de liberdade de pensamento e expressão, invocando o artigo 13 da Convenção, destacando que este direito tem uma dimensão tanto individual quanto social. Com relação à dimensão individual, a liberdade de expressão não se refere ao reconhecimento teórico do direito de falar ou escrever, mas também inclui o direito de usar qualquer meio para divulgar o pensamento e torná-lo conhecido. Em relação à dimensão social, ela implica uma condição, que consiste no reconhecimento da opinião de outros ou das informações disponíveis para outros, como o direito de divulgar a sua própria opinião. A importância da liberdade de expressão, como a pedra angular de uma sociedade democrática, é destacada neste julgamento.¹⁸

No caso de *Ivcher Bronstein v. Peru*, de 6 de fevereiro de 2001, também protegido pelo artigo 13 da Convenção, enfatiza que o conteúdo do direito implica que aqueles que estão sob sua aplicação não são apenas beneficiários das dimensões propostas, mas que também implica o direito e a liberdade de buscar, receber e divulgar informações e ideias de todo tipo. Assim, qualquer ato invocado como violação incluiria o dever das autoridades públicas não apenas de se submeter ao estudo do ato em questão, mas de examinar os atos à luz dos fatos do caso como um todo, incluindo as circunstâncias e o contexto em que eles ocorreram.¹⁹

Posteriormente, as decisões *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, *Ricardo Canese v. Paraguai*, *Palamaría Iribane v. Chile*, *Claude Reyes v. Chile*, *Kimel v. Argentina*, *Tristán Donoso v. Panamá*, entre outras, reiteraram presunções básicas sobre o conteúdo e o alcance do direito à liberdade de expressão, os limites ao seu exercício e a extensão de sua proteção dentro da ordem jurídica interna.

É importante destacar a decisão *Gomes Lund e outros v. Brasil*, de 24 de novembro de 2010.²⁰ Nesta ocasião, foi analisado um caso cujos fatos se referem à detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas como resultado de operações do Exército brasileiro entre 1972 e 1975, com o objetivo de exterminar a Arguaiá Guerrilla durante a ditadura militar. Este caso é importante na medida em que apresenta fatos relativos ao impacto sobre o direito de acesso à informação sofrido pelas famílias das vítimas, espe-

¹⁷ Declaração Conjunta sobre Racismo e Mídia dos Relatores das Nações Unidas para a Liberdade de Expressão, da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa e da Organização dos Estados Americanos, 2001.

¹⁸ CIDH. *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, 29 de setembro de 1998.

¹⁹ CIDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. 6 de febrero de 2001.

²⁰ CIDH. *Caso Gomes Lund y otros vs. Brasi*, 24 de noviembre de 2010.

cialmente em um contexto onde o discurso do ódio foi triunfante sobre as minorias políticas que foram gradualmente exiladas ou exterminadas durante a ditadura no Brasil.

Para o Tribunal, no caso, o direito à liberdade de expressão foi estendido, não apenas ao direito e à liberdade de expressar o próprio pensamento, mas também de buscar, receber e divulgar informações e ideias de todo tipo. A este respeito, instou as autoridades públicas nacionais que não podem confiar em mecanismos como o segredo de Estado ou a confidencialidade das informações, ou em razões de interesse público ou de segurança nacional, mas em um interesse público com um toque autoritário, para deixar de fornecer as informações exigidas pelas autoridades judiciais. Neste sentido, o Tribunal declara a responsabilidade do Estado brasileiro.

Para a Corte, no caso, o direito à liberdade de expressão foi estendido, não apenas ao direito e à liberdade de expressar o próprio pensamento, mas também de buscar, receber e divulgar informações e ideias de todo tipo. A este respeito, instou as autoridades públicas nacionais que não podem confiar em mecanismos como o segredo de Estado ou a confidencialidade das informações, ou em razões de interesse público ou de segurança nacional, mas em um interesse público com um toque autoritário, para deixar de fornecer as informações exigidas pelas autoridades judiciais. Neste sentido, o Tribunal declara a responsabilidade do Estado brasileiro.

3. *Hate speech* ou discurso de ódio como vetor do retrocesso social e da fragilização da democracia

A expressão “*hate speech*” ou discurso de ódio, ou ainda incitamento ao ódio, traduz-se na comunicação discriminatória, inferiorizadora, ofensiva, violenta, baseada em discrímenes de gênero, raça, orientação sexual, religião, nacionalidade, entre outros, dirigida a um indivíduo ou a um grupo específico, o que na contemporaneidade se identifica especialmente orientada para minorias diversas.²¹

O *hate speech* nega a igualdade entre as pessoas, propagando a inferioridade de alguns e legitimando a discriminação, não havendo como estruturar o discurso público destinada a viabilizar o autogoverno do povo sem partir da premissa normativa de reconhecimento da igual dignidade de todos seus participantes.²²

²¹ “O discurso de ódio baseia-se na auto afirmação de superioridade do emissor em relação a inferioridade de um indivíduo ou grupo (que pode ou não ser o receptor), em virtude de sua raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou religião, com o objetivo de propagar, incitar, promover ou justificar o ódio racial, a xenofobia, homofobia e outras formas de ódio baseadas na intolerância, que podem culminar na violência ou discriminação de tais pessoas.” SILVA, Isabel Germano Rodrigues; SILVA, Josiane da Costa. **Liberdade de expressão e seus limites: o discurso de ódio é tolerável?** VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 255-273, 2o sem. 2018 – ISSN 1678-3425.

²² SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 4, p. 56, out./dez. 2006, p. 82.

O exercício abusivo da liberdade de expressão fragiliza a democracia e impõe retrocesso social na promoção dos direitos fundamentais.²³

O direito à liberdade de expressão do pensamento se refere e se relaciona com a própria noção de desenvolvimento e com a proteção de minorias, desfavorecidos e vulneráveis. O caráter absoluto da liberdade de expressão do pensamento colide com a expressão do pensamento daqueles que se despreza, e possibilita segregação, diferença e discursos de ódio.²⁴

A liberdade de expressar o pensamento de forma livre e autônoma encontra na atualidade dimensões que exigem reflexão e limitação, especialmente considerando os excessivos discursos de ódio que se repetem aos milhares diariamente nas redes sociais.

Há consenso significativo no plano internacional pela proibição legal do “hate speech” e pela sua perfeita compatibilização com a liberdade de expressão, a qual se relativiza e equaciona com os valores da não discriminação, da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento sustentável.

Conforme já referido, os Estados Unidos adotam uma concepção absoluta da liberdade de expressão e historicamente não há exercício de função ordenadora estatal para limitação ou proibição de discursos de ódio.²⁵

Todavia, esse não é o cenário na Europa²⁶, onde o Conselho da Europa reprime a expressão do ódio racial, a xenofobia e qualquer forma de intolerância.²⁷ O Tribunal Europeu de Direitos Humanos exarou inúmeros julgados afirmando tolerância e respeito como

²³ “É inegável que, ao proibir a difusão de ideias ainda que abomináveis, como as latentes no *hate speech*, o Estado atinge negativamente a autonomia individual tanto daqueles que têm estas ideias e são impedidos de comunicá-las publicamente, como dos integrantes do público em geral, que ficam privados do acesso elas. Não obstante, esta perda do ponto de vista da autonomia individual deve ser cotejada com o “ganho” que se obtém em relação a este mesmo valor, no que concerne não só à autonomia e autorrealização dos indivíduos que seriam os alvos destas manifestações de ódio, preconceito e intolerância, como também dos outros componentes da sociedade”. SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 4, p. 56, out./dez. 2006, p. 90.

²⁴ Nos países em que o enquadramento da liberdade de expressão não é absoluto os condicionamentos à livre expressão do pensamento estão sujeitos à variáveis históricas e opções políticas. Exemplo significativo dessa realidade se encontram na Alemanha, Áustria, República Checa, Eslováquia, Suécia e Suíça, além do Brasil, onde há proibição legal de utilização de símbolos nazistas. No Brasil a Lei n. 7716/89 disciplina nesse sentido. A tolerância legal e constitucional a discursos de ódio e ao uso de símbolos nazistas dos Estados Unidos em relação a estes outros países demonstra claramente a adoção de uma concepção absoluta de liberdade de expressão, que abre portas para intolerância e discriminação. Nesse sentido ver <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40958924>. Acesso em 25/8/19.

²⁵ WALKER, Samuel. *Hate speech: the history of an American controversy*. University of Nebraska Press, 1994.

²⁶ WEBER, Anne. **Manual on Hate Speech**. Editions Council of Europe Publishing, set/2009.

²⁷ Da análise da página oficial do Conselho se identifica diferentes realizações nesse sentido, podendo-se citar em especial a Convenção Européia dos Direitos do Homem, que veda a discriminação e o racismo por parte de autoridade pública, apresentando recomendações aos 47 países membros, orientando os Estados a uma atuação protagonista no combate à discriminação e na proteção das minorias nos países signatários. Disponível em <https://www.coe.int/t/web/about-us/achievements>. Acesso em 27/8/19.

vetores interpretativos de todas as sociedades democráticas e plurais.²⁸ Como apontado anteriormente, especialmente citando os exemplos de Ruanda e Mianmar, há uma estreita relação entre discursos de ódio e violência extrema, física e moral, com consequências no indivíduo atingido, em toda a coletividade social, além de retrocesso social significativo, o que nos exemplos acima levou ao ponto mais extremo de violação dos direitos humanos, o genocídio.

A democracia como construção de uma sociedade de iguais, livre e solidária, igualmente valoriza liberdade de expressão e vedação de não discriminação, o que viabiliza o consenso na proibição dos discursos de ódio.

É possível observar que nos Estados com maior sedimentação de democracia, estruturados em instituições democráticas sólidas e eficientes, a vedação ao “hate speech” é natural e uma ferramenta necessária para o desenvolvimento da sociedade.²⁹ O exercício abusivo da liberdade de expressão fragiliza a democracia e impõe retrocesso social na promoção dos direitos fundamentais e nota-se um esforço na União Européia para a vedação do “hate speech”.³⁰

4. Função ordenadora estatal e a necessária relativização da liberdade de expressão do pensamento na contemporaneidade: a coerção estatal aos intolerantes e o dever de promoção de desenvolvimento inclusivo e não discriminatório.

A constituição histórica do poder de polícia no Estado moderno é pautada pelo exercício da autoridade na vida dos indivíduos objetivando controlá-los e dirigi-los. Esta noção prevalece até o Estado de Direito, quando são asseguradas como direito público a liberdade e a propriedade, estando, portanto, protegidos da livre ação estatal.

²⁸ Cabe destacar que a defesa da Liberdade de expressão na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem está associada à uma orientação estatal pautada na comunicação social livre, com proteção à imprensa para garantir acesso à informação sobre questões relevantes e de interesse geral, estendendo-se à todas as contemporâneas formas de comunicação, em especial às relacionadas às redes sociais ou à internet. Disponível em <https://www.coe.int/pt/web/about-us/achievements>. Acesso em 27/8/19.

²⁹ Nesse sentido cabe a leitura de Adrienne STONE, para verificar a direta relação entre vedação de discursos de ódio e nível elevado de debate político. (STONE, Adrienne. **How to think about the problem of hate speech: understanding a comparative debate**. In GELBER, Katharine. Hate speech and freedom of speech in Australia. The Federation Press, Sydney, 2007.

³⁰ Em face de Código de Conduta da União Européia que exigia a avaliação em até 24 horas das notificações de discurso de ódio ilegal, em maio de 2016, o Facebook, a Google, a Microsoft e o Twitter, cederam e obrigaram-se à mudança de políticas de postagem. A pressão pelo cancelamento de contratos de publicidade contribuiu para o acordo. **Facebook, YouTube, Twitter and Microsoft sign EU hate speech code**. *The Guardian*. 7 de junho de 2016. Disponível em <https://www.theguardian.com/technology/2016/may/31/facebook-youtube-twitter-microsoft-eu-hate-speech-code>. Acesso em 27/8/2019.

Disto se configura a limitação administrativa, na qual se determina a relação entre Estado e indivíduo quando este pretende exercer determinado direito. No centro desta discussão se encontra a ideia de poder de polícia atribuída ao Estado. Sua noção se aplicaria originariamente a um Estado mínimo, desprovido de atuação social. Seu objetivo seria apenas a manutenção da ordem pública. Contudo, a assunção de novas tarefas pelo Estado torna o conceito inadequado a explicar a realidade em que se encontra inserido.

Neste sentido, Carlos Ari Sunfeld propõe a reconstrução da estrutura de atuação estatal na vida privada por meio de três alternativas: gestão, fomento e ordenação. Interessa ao ensaio a terceira. Nela se integrariam as ações estatais de regulação da vida privada. A mudança na linha de pensamento é absoluta. Se o poder de polícia visa a interferência direta na vida privada, desvinculada de um dever suficiente de motivação, a Administração Ordenadora visa exatamente negar esta possibilidade.³¹

A função ordenadora estatal³² corresponde à injunção na vida privada diretamente relacionada a um interesse público, o qual deve ser qualificado para justificar, de forma bastante e suficiente, sacrifícios individuais³³.

³¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo, Malheiros, 2ª ed. 2002.

³² Adota-se aqui o posicionamento de Carlos Ari Sunfeld, que propõe uma revisão do modelo de poder de polícia, numa substituição metodológica pela proposta de Administração Pública Ordenadora e de função ordenadora estatal. O autor aponta que a expressão poder de polícia foi cunhada para um Estado mínimo, desinteressado em interferir na economia, voltado à imposição de limites negativos à liberdade e propriedade. Modernamente a interferência estatal se intensificou e mudou de qualidade. O Estado avançou para o campo macrojurídico. O autor defende que ou se elabora uma teoria do ato administrativo enquanto categoria puramente formal ou se admite a necessidade de elaborar sistematização ampla e nova de toda atividade de regulação administrativa da vida privada. Para a segunda opção, tem-se que descartar noções e categorias. Entre elas a expressão poder de polícia e a noção que o recobre. O autor sugere a adoção da expressão função ordenadora, a qual adota-se como premissa nessa análise. Essa Administração Pública ordenadora congrega operações estatais de regulação do setor privado com o emprego do poder de autoridade. Para o autor a novidade é que não se trata de mera troca de rótulos. É substituição de uma postura metodológica. Como ponto de partida nega a existência de uma faculdade administrativa ligada à limitação dos direitos individuais. O poder de regular os direitos é original da lei e a disciplina da vida privada decorre da aplicação da lei. A Administração Pública ordenadora é parcela de função administrativa desenvolvida com o uso do poder de autoridade para disciplinar os comportamentos particulares nos termos da lei. Trata-se de exercício de função administrativa voltado à organização da vida privada dentro de uma relação genérica e com a utilização de poder de autoridade. O vetor de aplicação da autoridade e a satisfação do interesse público. (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo, Malheiros, 2ª ed. 2002, pp. 9-27 e 38-52)

³³ O autor ainda define que a Administração Pública ordenadora se desenvolve dentro da vinculação genérica do Estado com os particulares e importa: a) aplicação mais intensa do princípio da legalidade; b) quando desenvolve atividade do Estado, o particular vincula a responsabilidade deste pelos prejuízos que produzir. Quando explora atividade privada os prejuízos são de responsabilidade da Administração Pública. A interferência da Administração Pública no campo privado nesse contexto realizar-se-á através de: a) fomento estatal à vida privada com concessão de benefícios; b) exploração estatal de atividade particular; c) Administração Pública ordenadora que consiste na interferência estatal autoritária sobre a vida privada. A Administração Pública ordenadora não se confunde com a fomentadora pela presença da autoridade e utiliza as seguintes técnicas: a) criação via ato administrativo de situação jurídica ativa típica da vida privada; b) regulação administrativa do exercício dos direitos titularizados pelos particulares, c) sacrifício de direitos, imposição de condicionamentos; d) imposição aos particulares de deveres autônomos. (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo, Malheiros, 2ª ed. 2002, pp. 9-27 e 38-52)

No Estado de Direito a liberdade é regulada pela lei, que compreende dois momentos, o primeiro de relacionamento entre o titular do direito e os outros particulares e o segundo é a ordenação da convivência entre o particular e o Estado.

Trata-se de atuação administrativa para limitar o direito a liberdade com parâmetros estabelecidos na lei. A compreensão do princípio da legalidade exige uma conformação de juridicidade, fundada na subsunção dos valores constitucionais, nos princípios do regime jurídico administrativo e na legislação.

Nesse ambiente a aplicação da função ordenadora estatal está diretamente relacionada à subsunção da medida restritiva aos parâmetros de juridicidade e aos fundamentos do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Individual.

No espaço temporal anterior ao regime democrático estabelecido com a Constituição de 1988, é possível identificar interpretações do princípio da Supremacia do Interesse Público como uma regra abstrata de supremacia, na qual a Administração Pública poderia restringir direito do particular justificando um abstrato e genérico interesse público, sem relacioná-lo com o caso concreto e sem efetuar a devida ponderação de valores.

O início do século XXI é marcado por forte crítica à ideia de supremacia e ao próprio princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ao qual é atribuído caráter autoritário incompatível com a Constituição Federal. Essa discussão é relevante para a análise dos limites à liberdade de expressão.

Apontando uma origem autoritária do Direito Administrativo e baseada nas prerrogativas, Paulo Otero, contudo, entende que, no final do século XX, operou-se uma crise de identidade, em que o Direito Administrativo vivenciou uma progressiva amputação de poder em favor do direito privado.³⁴

Mas é relevante destacar a controvérsia doutrinária sobre o tema. Analisando as raízes históricas do Direito Administrativo, Romeu Felipe Bacellar Filho evidencia a inadequação da ideia de que o contencioso administrativo teria sido criado para o exercício de arbitrariedade sem controle judicial, que seria um instituto herdado do Antigo Regime.³⁵

³⁴ “Em termos históricos, o Direito Administrativo nasceu ao arrepio do princípio da separação de poderes, sendo o Direito das prerrogativas de autoridade e não das garantias dos administrados. A evolução do Direito Administrativo operou-se em termos contraditórios, entre constante tentativa de fuga da Administração Pública às vinculações e a paralela preocupação de limitação do seu espaço de liberdade decisória. As últimas décadas do século XX trouxeram uma crise de identidade ao Direito Administrativo, vivendo numa encruzilhada científica pela progressiva amputação do seu espaço de operatividade a favor do Direito Privado, pela emergência das autoridades administrativas independentes e por uma descaracterização do sentido da função administrativa face à função jurisdicional”. (OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 343).

³⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 211, jan./mar. 1998, p. 71-72.

Em outro sentido, autores como Humberto Bergmann Ávila, Paulo Ricardo Schier, Marçal Justen Filho, Daniel Sarmento e Gustavo Binembojm buscaram demonstrar a insuficiência das bases que compõem o princípio frente ao regime jurídico administrativo e ao ordenamento constitucional, propondo um redimensionamento do princípio e do próprio conceito de interesse público³⁶.

Para citar alguns exemplos, sustentando que não se trata nem de norma-princípio nem de postulado, Humberto Bergmann Ávila³⁷ define a supremacia do interesse público como um axioma. Para o autor não há no ordenamento constitucional fundamento de justificação do referido princípio. Afirma que, embora não se negue a relevância do interesse público, a imposição estatal em face do particular deve ser analisada na medida de sua limitação.

Na mesma linha de desconstrução do princípio, Paulo Ricardo Schier³⁸ desenvolve um paralelo entre supremacia do interesse público e direitos fundamentais. E aponta que o direito público não pode prevalecer em detrimento do direito privado, e vice-versa, mas devem coexistir em equilíbrio. Compreende a Constituição como unidade e sistema, e afirma a necessidade de se analisar sua completude, apontando que todos os valores possuem vinculação e mesmo nível de hierarquia, não justificando a relação de superioridade entre os interesses públicos e privados.³⁹

No mesmo sentido, propondo uma ressubstancialização do princípio da supremacia a partir da dignidade da pessoa humana e uma personalização do direito administrativo, Marçal Justen Filho propõe um repensar do direito administrativo a partir das ideias de filtragem constitucional, da conformação do direito para orientar e disciplinar as atividades humanas, do questionamento da proposta de que o interesse público deve prevalecer sempre, porque é único e singular.⁴⁰

³⁶ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 17/02/2017; BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006; SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional, *In*: SARMENTO, Daniel. (Coord.). **Interesses públicos vs. interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23-116; JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 26, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 115/136; SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. Curitiba: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais – UNIBRASIL, jan./jun. 2003, p. 55-72.

³⁷ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 17/02/2017.

³⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. *op. cit.*, p. 55-72.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo. **Revista trimestral de Direito Público**, n. 26, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 135-136.

Marçal Justen Filho afirma a supremacia dos direitos fundamentais e entende que a Administração Pública deve agir em consonância com a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, na qual o direito administrativo deve proteger as minorias e seus interesses, com uma processualização da atividade administrativa e um incremento na participação popular no âmbito das decisões da Administração.⁴¹

Todavia, defendendo a ausência de um caráter autoritário para o Direito Administrativo e para a noção de supremacia do interesse público e sustentando equívocos interpretativos e metodológicos nessa visão Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem pontuam que o caminho de desenvolvimento dos institutos do Direito Administrativo denota, seja por intermédio da doutrina, seja pela própria jurisprudência do Conselho de Estado Francês, um meio de resistência ao Estado, exemplificando com os temas do serviço público e da responsabilidade civil do Estado, que foram desenvolvidos exatamente para inverter os padrões típicos do Antigo Regime e estabelecer controle do “excesso de poder”.⁴²

Concluem os autores que a iniciativa de refutar a ideia de supremacia do interesse público não passa muitas vezes de fuga do regime jurídico próprio de direito público, de prerrogativas imprescindíveis à consecução dos interesses sociais.⁴³

Os autores sustentam ainda, que o conceito de interesse público, moldado no século XIX, bem como o aperfeiçoamento de suas ferramentas, representou um inegável avanço, principalmente em relação à proteção do cidadão, pois acabou afastando arbitrariedades praticadas pelo Estado, e citam exemplos de responsabilização, como a possibilidade de controle do Poder Público em razão de suas exorbitâncias no exercício do poder político.⁴⁴

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo do espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 75-90.

⁴² *“A alusão a uma pretensa origem autoritária parece ter como escopo reduzir a força legitimatória de princípios como o do interesse público, ou mais especificamente, da ‘supremacia do interesse público’ — sem dúvida uma interessante crítica que, por sua vez, merece ser refutada. Trata-se, portanto, de uma interpretação da história cujo fim é conferir às proposições do presente um sentido mais facilmente apreensível e consonante com a mentalidade vigente, que é a de maior liberalização e exibição da vida. E embora seja uma ‘tese’ muito atraente para o indivíduo pós-moderno, que é um sujeito por definição voltado à autonomia, à liberdade e à consensualidade negocial, trata-se de uma teoria de precária capacidade explicativa.”* (GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 155-201).

⁴³ Os autores afirmam que as teorias que procuram refutar a concepção de superioridade do interesse público, defendendo que tal conceito representaria um viés autoritário do Poder Público, representam, na maioria das vezes, uma forma de abandono do regime jurídico próprio do Direito Público, pois este atribui à Administração certas prerrogativas que são necessárias à persecução de seus objetivos. (*Id.*, p. 195-196).

⁴⁴ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 195-196.

Mariana de Siqueira defende que a titularidade do interesse público não é exclusiva da Administração Pública e que a supremacia do interesse público deve ser encarada sob outra perspectiva, que não permite excluir, em situações concretas, que a melhor solução seja a permanência do interesse particular diante de um interesse público específico. Define a função administrativa como a aplicação da lei de ofício e aponta que a validade das condutas administrativas exige a satisfação de mais do que o interesse público abstrato, de simples observância das normas legais, e sim de observância do que é o interesse público em concreto. Para a autora o interesse público é fim, fundamento e limite do agir administrativo e precisa ser pensando de forma racional, científica e jurídica.⁴⁵

Esse viés, de uma adequada compreensão do princípio da supremacia e das instituições políticas do Estado, localizada de acordo com a realidade atual e os anseios sociais na contemporaneidade, sem desprezar as conquistas contra o arbítrio do Poder Público praticado no século XIX e nos séculos anteriores, assim como em certa medida ainda presente no século XX e atualmente, é extremamente útil para justificar a limitação da liberdade de expressão quando manifestada na forma de discurso de ódio e discriminação.

A questão relevante ao tema é em que medida e sob que regime pode o Estado interferir no exercício e extinção dos direitos da vida privada, em especial nos direitos de liberdade, e especificamente na liberdade de expressão do pensamento.

A necessária relativização do caráter absoluto da liberdade de expressão do pensamento impõe à função ordenadora estatal na contemporaneidade a coerção estatal aos intolerantes. Significa dizer que cabe ao Estado através da Administração Pública ordenadora restringir manifestações do pensamento que promovam discriminação ou discurso de ódio. Trata-se de garantia e dever de promoção de desenvolvimento inclusivo e não discriminatório.⁴⁶

A dificuldade reside nas hipóteses em que se atribui discricionariedade ao administrador para a limitação do exercício individual de direito. E nesse ponto a caracterização do “hate speech” com parâmetros objetivos, que permita revisão e controle da Administração Ordenadora é relevante e necessária para evitar desvios de finalidade e abusos na função regulatória.

O problema é que a caracterização objetiva do “hate speech” não encontra disciplina na legislação brasileira até o momento. A interpretação pautada na juridicidade, focada nos acordos internacionais firmados pelo Estado brasileiro, na interpretação sistemática e teleológica da Constituição e no regime jurídico administrativo necessariamente fornece autorização suficiente para o exercício de função regulatória e ordenadora limitadora da liberdade de expressão.

⁴⁵ SIQUEIRA, Mariana de. **Interesse público no Direito Administrativo brasileiro**: da construção da moldura à composição da pintura. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016, p. 2-10.

⁴⁶ A visão da função ordenadora proposta por Carlos Ari Sundfeld quando trata do Poder de Polícia conforma-se perfeitamente com a visão de uma Administração Pública paritária e distributiva, como já apontado. (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**, Op. Cit., p. 38-52).

Mas as balizas objetivas da caracterização de manifestações do pensamento como discurso de ódio dependerão de um juízo de discricionariedade administrativa. E nesse ponto diante do conflito de interesses na regulação da liberdade de expressão, o necessário esforço para a definição de uma exegese que permita delimitação objetiva dos parâmetros para a caracterização do discurso de ódio poderá ser pautado pelo critério da solução ótima ao interesse público, substancializada pelos valores de não discriminação, respeito às diferenças, dignidade da pessoa humana, desenvolvimento, vedação de segregação por raça, credo, cor, orientação sexual.⁴⁷

A coerção estatal aos intolerantes e o dever de promoção de desenvolvimento inclusivo e não discriminatório é obrigação do Estado Brasileiro. Pode se extrair do texto constitucional um fundamento que permeia todos os seus capítulos e justifica tal dever e a orientação da função ordenadora e reguladora estatal: o Direito ao Desenvolvimento.

Desenvolvimento é um “*processo de longo prazo, induzido por políticas públicas ou programas de ação governamental em três campos interligados: econômico, social e político*”⁴⁸, que produz, além do aumento quantitativo do crescimento do país, transformações socioeconômicas com majoração qualitativa da qualidade de vida e do bem-estar dos cidadãos⁴⁹.

⁴⁷ A dificuldade de controle está exatamente na discricionariedade que permeia o conceito de solução ótima. Celso Antônio Bandeira de Mello traz considerações sobre a solução ótima: “*Deveras, não teria sentido que a lei, podendo fixar uma solução por ela reputada ótima para atender o interesse público, e uma solução apenas sofrível ou relativamente ruim, fosse indiferente perante estas alternativas. É de presumir que, não sendo a lei um ato meramente aleatório, só pode pretender, tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de discricção, que a conduta do administrador atenda excelentemente, à perfeição, a finalidade que a animou. Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fiveleta para o atendimento do interesse público. Tanto faz se trate de vinculação, quanto de discricção. O comando da norma sempre propõe isto. Se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.*” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32).

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 363.

⁴⁹ “*A definição contemporânea de desenvolvimento leva em consideração diversas dimensões, não se restringindo à seara econômica. A interdependência desta com a esfera humana e social é justamente um dos pontos cruciais do conceito, que o diferenciam da noção de crescimento. O chamado “crescimento econômico” diz respeito à elevação do produto nacional em um determinado período, notadamente pelo incremento da eficiência no sistema produtivo. Ele se verifica, portanto, em termos meramente quantitativos. O desenvolvimento pressupõe a ocorrência de crescimento econômico, mas não se limita a isso. Para ser alcançado, deve-se “ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Interno Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda”. Além do aumento quantitativo do produto nacional, ele reclama transformações estruturais socioeconômicas que importem a melhora qualitativa dos padrões de vida dos cidadãos, proporcionando a elevação do bemestar social.*” (HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013, p. 151).

O desenvolvimento enquanto direito possui, nessa visão, diferentes dimensões, e é reconhecido na contemporaneidade no plano normativo nacional e internacional. A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, promulgada em 1986, exemplifica adequadamente a importância do direito ao desenvolvimento no espaço econômico, social, cultural e político.⁵⁰

No Brasil, a Constituição de 1988 é permeada em sua estrutura pelo direito fundamental ao desenvolvimento. São diferentes dispositivos constitucionais a tangenciar seu conteúdo e embora não exista uma previsão expressa, há várias normas interligadas à noção de desenvolvimento. E deve ser acrescentado que o artigo 5º, parágrafo 2º, permite a sustentação do princípio, pela abertura no rol de direitos fundamentais (na medida em que a Constituição não refuta outros direitos consequentes do regime e dos princípios por ela adotados e também dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o país seja signatário).

De acordo com Clémerson Merlin Cléve, a Constituição é um grande espaço de luta jurídico-política, e de compromisso entre as classes sociais que participaram da sua elaboração⁵¹. Significa dizer que na medida em que proclama os objetivos e princípios fundamentais do Estado e enuncia os direitos fundamentais do cidadão, também está a fixar os programas de ação do Poder Público.

Esse aspecto é relevante para tratar de desenvolvimento inclusivo e não discriminatório. Ao definir desenvolvimento como fio condutor de políticas públicas, a Constituição qualifica interesses que devem ser protegidos como *públicos*, e nessa perspectiva a função ordenadora estatal orientada para o controle do discurso de ódio, e a incorporação de políticas públicas inclusivas e não discriminatórias, viabiliza-se como instrumento de desenvolvimento.⁵²

⁵⁰ Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento – 1986 - Adotada pela Revolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. 4 dez. 1986, São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos – Universidade de São Paulo, 1986. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em: 21/08/2019). Para Cabral de Moncada, desenvolvimento não é mero crescimento econômico, não se medindo pelo interno bruto. (CABRAL DE MONCADA, Luís. **Manual elementar de direito público da economia e da regulação**. Uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Almedina, 2012, p. 123).

⁵¹ CLÉVE, Clémerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de (Org.). **Uma vida dedicada ao Direito**: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 41.

⁵² Importante assinalar que desenvolvimento é decisão constitucional com força normativa e vinculativa da ação estatal. Nesse sentido, *“as decisões constituintes que estruturam o Estado se revelam como valores, como princípios ou como regras constitucionais. Faz-se necessária uma compreensão de Constituição como um conjunto de valores, princípios e regras, que conformam o ordenamento jurídico e a vida em sociedade, com força normativa e concepção democrática. Os valores constitucionais se evidenciam no preâmbulo e nos primeiros artigos da Constituição: a justiça, a liberdade, a igualdade, a dignidade, a segurança, o bem comum, o desenvolvimento, a solidariedade, o pluralismo e a garantia do exercício dos direitos sociais e individuais. Esses fins formam o escopo da atuação dos poderes públicos e devem informar também as relações privadas. (...) Embora os valores se manifestem em termos bastante abertos, fluidos, isso não leva à sua superfluidade. Ainda*

Lênio Luiz Streck ao tratar do desenvolvimento nacional explana que a construção de um Estado social de índole intervencionista deve pautar-se por políticas distributivas e afirma que deve haver um compromisso do Poder Público na realização de políticas públicas para a concretização do programa constitucional.⁵³

A obrigação do Estado contemporâneo de estabelecer políticas públicas voltadas ao desenvolvimento pode ser sustentada também pela vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais. Nesse sentido Clémerson Merlin Cléve afirma que “a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais (dimensão objetiva) é suficiente para deles exigir a adoção de políticas voltadas para o seu cumprimento (num horizonte de tempo, evidentemente).”⁵⁴

E nessa perspectiva, cabe destacar que o desenvolvimento a que se refere o artigo 3º da Constituição Federal está intrinsecamente ligado à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem discriminação de qualquer natureza.

*que, de início, não se possa afirmar exatamente o que signifiquem, nem se possa retirar deles uma conduta determinada, o significado dos termos limita, ao menos negativamente, o agir dos órgãos de soberania. Além disso, esses fins últimos são traduzidos em princípios constitucionais, que definem a ação ou o juízo. Gustavo Zagrebelsky afirma que o princípio orienta normativamente a ação ou o juízo, sendo seu critério de validade, exigindo um cálculo de adequação que torna a ação ou o juízo previsíveis, ao menos em sua direção enunciados normativos, e embora apresentem uma textura aberta, não permitem o arbítrio do intérprete, que está vinculado a vontades – da Constituição, do constituinte – preexistentes reveladas pelos valores. (...) A eleição de valores pelo constituinte, e sua eventual concretização por princípios densificadores e regras, não deve ser ignorada sob pena de a atuação do leitor e aplicador da Constituição esvair-se... Os valores constitucionais se condensam em princípios num sentido específico, apresentando um feixe de possibilidades e excluindo determinados meios. Valores e princípios atuam de maneira distinta na efetivação do Direito. Enquanto os valores servem como baliza para a interpretação de uma norma e para o desenvolvimento legislativo, os princípios estão ao alcance do legislador e do juiz, se inexistente regra específica. Ao legislador cabe a conversão do valor em uma norma, a “projeção normativa”, com ampla margem de liberdade; ao juiz, resta apenas a eficácia interpretativa dos valores positivados. No entanto, em relação aos princípios, o leque de opções do legislador é reduzido, pois as regras que podem ser abarcadas pela projeção normativa estão delineadas (mas não determinadas) pelo significado do enunciado principiológico. O juiz pode acessar diretamente o princípio, projetando-o normativamente, quando não há desenvolvimento legislativo que apresente uma regra para o caso em apreciação.” (SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral**. Curitiba, 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, 2010).*

⁵³ “O que há em comum em todas as políticas públicas é o processo político de escolha de prioridades para o governo, tanto em termos de finalidades como em termos de procedimentos, e tal já vem condicionado pelos objetivos constitucionais postos ao Estado Democrático de Direito. As funções públicas estão, todas elas, condicionadas pelo cumprimento destes objetivos, ficando sua discricionariedade desenhada por tais conteúdos. Ou seja, formulação e execução das políticas públicas vêm não apenas sujeitas ao controle de sua regularidade formal, como também de sua destinação adequada ao cumprimento dos fins do Estado”. (STRECK, Lenio Luiz et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 149).

⁵⁴ CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo**. Novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 105.

A Constituição Federal assegura o Direito ao Desenvolvimento em diferentes espaços jurídico-normativos. Desde o Preâmbulo estabelece que o Estado Brasileiro é destinado a assegurar o desenvolvimento, a igualdade dentro de uma sociedade fraterna.⁵⁵

Prioriza a dignidade da pessoa humana quando trata dos fundamentos da República Brasileira⁵⁶ e pautou como objetivo do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com garantia de desenvolvimento nacional, de modo a erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos.⁵⁷

O texto constitucional, ao definir as competências das entidades da federação, determina para a União a elaboração de planos nacionais e regionais para o desenvolvimento econômico e social⁵⁸ e também estabelece como competência comum a todas as unidades federativas o combate à pobreza e a integração social.⁵⁹ Autoriza a União a articular-se dentro de um mesmo complexo geoeconômico e social para promover desenvolvimento.⁶⁰

Para Melina Girardi Fachin o conceito de desenvolvimento encontra relação significativa com o texto constitucional em seus diferentes contextos (de proteção a direitos sociais, à ordem econômica, ordem social, e até meio ambiente).⁶¹

⁵⁵ PREÂMBULO. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, **o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna**, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (sem grifos no original)

⁵⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito **e tem como fundamentos:**
I - a soberania;
II - a cidadania
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa;
V - o pluralismo político.
(sem grifos no original)

⁵⁷ Art. 3º **Constituem objetivos fundamentais** da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (sem grifos no original)

⁵⁸ Art. 21. Compete à União:
IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social. (sem grifos no original)

⁵⁹ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos. (sem grifos no original)

⁶⁰ Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, **visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.** (sem grifos no original)

⁶¹ FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o sistema internacional de Proteção dos direitos Humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (Coord.). **Direito ao desenvolvimento.** Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 193.

Analisando a proposta de desenvolvimento sustentável, Juarez Freitas ratifica a importância da sustentabilidade como um princípio de muitas dimensões, tendo caráter social, ético, ambiental, econômico e jurídico-político.⁶²

Menciona também o choque entre o novo paradigma da sustentabilidade e o “paradigma da insaciabilidade patológica” e problematiza sobre até que ponto pode ser considerado o desenvolvimento sem levar em conta os direitos fundamentais dos cidadãos.

O autor defende o instituto da sustentabilidade multidimensional e a agenda de sustentabilidade, que visam garantir um Estado sustentável duradouro com a máxima qualidade possível, para as presentes e futuras gerações, equilibrando desenvolvimento e sustentabilidade em todos os aspectos que permeiam essa relação.

Dessa forma, o autor aborda o valor constitucional do princípio da sustentabilidade pluridimensional, afirmando que tal conceito não leva em consideração um mero desenvolvimento sustentável, mas a necessidade da reunião de uma série de pressupostos para a sua constituição e aponta como parâmetros de sustentabilidade as estratégias antecipatórias sobre os princípios de prevenção e precaução, com o objetivo de um desenvolvimento equilibrado.

Na medida em que o Direito ao Desenvolvimento é uma importante premissa axiológica e epistemológica da Constituição Brasileira, é perfeitamente defensável que se possa sustentá-lo como elemento estruturador da ação administrativa regulatória, em especial no combate ao discurso de ódio, sem contudo desconsiderar a relevância de princípios do regime jurídico administrativo que igualmente fornecem parâmetro justificador do modelo proposto, como razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica.

Assim, ao se buscar um fundamento de legitimidade constitucional para sustentar a relativização da liberdade de expressão em face do “hate speech” e a intolerância aos intolerantes, se encontra o Direito ao Desenvolvimento e os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e boa-fé.

5. Considerações finais

A Constituição Brasileira no art. 3º, inciso IV, estabelece a obrigação do Estado Brasileiro de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. No mesmo sentido a previsão do art. 5º, inciso XLI disciplina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, e o inciso XLII expressamente proíbe toda forma de racismo e constitui o racismo crime inafiançável e imprescritível.

⁶² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 85-112.

A proibição legal do “hate speech” no ordenamento infraconstitucional pode ser trabalhada através da Lei n. 7716/89, que regula o preconceito em diferentes dimensões proibindo “Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.”⁶³

A conclusão do ensaio é pela existência de parâmetros constitucionais e convencionais para a limitação da liberdade de expressão do pensamento em defesa de minorias e como força contra o retrocesso social em matéria de direitos fundamentais.

A definição de reserva de justiça em face dos direitos fundamentais é premissa de construção de uma teoria constitucional comprometida com a emancipação social e com uma sociedade sem níveis insuportáveis de desigualdade ou de discriminação.

E nesse ponto imprescindível recorrer à teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Para o autor direitos fundamentais têm caráter de princípios e os princípios são mandados de otimização, porém essa teoria encontra objeções. A maioria delas questiona se a tese dos mandados de otimização conduzem a um modelo adequado de direitos fundamentais e entre os principais questionadores está Habermas⁶⁴ e Böckenförde.⁶⁵

Alexy aponta em decorrência das objeções de Habermas e de Böckenförde, haveriam duas alternativas: a) compreender os direitos fundamentais como princípios em um Estado

⁶³ O PLC 122/06 tramitou no Senado Federal Brasileiro e pretendia incluir como discurso de ódio a discriminação pela orientação sexual, criminalizando condutas homofóbicas. Foi arquivado no início de 2017 por questões formais, porém bem denota o contexto da necessidade de uma postura estatal inclusiva e promotora da tolerância.

⁶⁴ Para Habermas, esse modelo enfraqueceria os direitos fundamentais: (...) *os princípios apresentam um valor que deve ser realizado de forma ótima e se o grau de cumprimento deste mandado de otimização não pode ser obtido da norma por si mesma, a aplicação de tais princípios, no marco do faticamente possível, faz indispensável a prática de uma ponderação orientada a fins.* (ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Fundacion Beneficentia et peritia juris, 2014). Em síntese: os direitos fundamentais são enfraquecidos ao transformarem-se em mandados de otimização e podem desaparecer no turbilhão da ponderação irracional.

⁶⁵ Segundo Alexy, para Böckenförde, o caráter de princípios acarreta a mudança do papel dos direitos fundamentais em relação à teoria clássica (no modelo clássico, os direitos fundamentais alcançavam apenas uma parte do sistema jurídico: a relação entre o Estado e o cidadão). Como princípios, os direitos fundamentais têm efeitos em todo o ordenamento e geram, por isso, uma eficácia expansiva a todos os âmbitos jurídicos. Isso conduz, necessariamente, a uma eficácia horizontal (ou eficácia frente a terceiros) e a um reconhecimento de que existem conteúdos jusfundamentais de proteção, de segurança social e de organização e procedimento que exigem uma atuação positiva do Estado. Assim, os direitos fundamentais se converteriam nos princípios de maior hierarquia dentro do ordenamento jurídico. (Op. Cit., p. 29). O ponto de partida da crítica é a diferença entre: a) direitos fundamentais como clássicos direitos de defesa do cidadão frente ao Estado e b) os direitos fundamentais como normas de princípios. Segundo Böckenförde: O ordenamento jurídico em seu conjunto está – no nível das normas de princípio com tendência de otimização – já contido na Constituição. Somente falta sua concretização.” Portanto, seria a Constituição uma espécie de “ovo jurídico originário”. Nesse contexto, a concepção de direitos fundamentais como mandamentos de otimização conduz a uma modelo no qual o legislador perderia toda autonomia uma vez que sua atividade se esgotaria na mera definição daquilo que está decidido pela Constituição e o processo político-democrático perderia consideravelmente seu significado (haveria a mudança do Estado de legislação parlamentar para o Estado jurisdicional). Op. Cit., p. 32).

jurisdicional ou b) compreender os direitos fundamentais como clássicos direitos de defesa em um Estado de legislação parlamentar. E questiona se haveria somente essas duas possibilidades. Está a tratar da distinção da Constituição como ordem fundamental (teoria dos princípios)⁶⁶ ou como ordem marco (ideia da otimização).⁶⁷ E pontua que segundo a teoria dos princípios, uma boa Constituição tem que combinar esses dois aspectos: dever ser tanto uma ordem fundamental como uma ordem marco.⁶⁸

A ideia de otimização não se trata de uma otimização até o ponto máximo, mas se trata da proibição de sacrifícios desnecessários aos direitos fundamentais. Portanto, o subprincípio da necessidade leva à escolha dos melhores meios. Neste ponto se encontra os valores da adequação e necessidade. São duas máximas cobertas simultaneamente pelo devido processo legal em sentido substantivo ou pela máxima da razoabilidade.

A teoria constitucional comprometida com uma reserva de justiça dos direitos fundamentais necessariamente ensejará uma interpretação constitucional substantiva e não desintegradora do conteúdo dos direitos fundamentais.

O Direito Constitucional e o regime jurídico administrativo orientam a função ordenadora estatal no Brasil, devendo ser fáticos mas sobretudo contra fáticos. Clémerson Merlin Clève nesse ponto afirma que se o direito não é fático não se sustenta e se não é contra fático não avança e essa questão é levada ao Direito Constitucional, não se podendo descontextualizar. E nesse sentido o papel função ordenadora estatal deve ser visualizado, especialmente para a concretude dos direitos fundamentais de não discriminação e igualdade e respeito estabelecidos na Constituição.⁶⁹

Isso porque o rol de direitos fundamentais inscrito na Constituição expressa valores compartilhados pela comunidade política. Jorge Reis Novais analisa a situação a partir da perspectiva dos direitos fundamentais como *trunfos contra a maioria*. A questão fundamental da relação entre direitos fundamentais e a democracia do ponto de vista jurídico-constitucio-

⁶⁶ Alexy aponta que uma Constituição é uma ordem fundamental em sentido quantitativo se não confia nada à discricionariedade do legislador (tem previstos para todos os casos mandamentos ou proibições, como na ideia de “ovo jurídico” originário). E no sentido qualitativo, se, mediante os seus mandamentos, se decidem assuntos fundamentais para a comunidade. O autor ainda pondera que uma Constituição pode decidir assuntos fundamentais e ser uma ordem fundamental, mas, ao mesmo tempo, deixar muitas perguntas em aberto (e ser uma ordem marco). (op. Cit., p. 57).

⁶⁷ Alexy aponta que o Modelo material-procedimental de ordem marco pressupõe que algumas coisas são confiadas à discricionariedade do legislador e outras não. A metáfora do marco pode ser precisada da seguinte maneira: o marco é aquilo que está ordenado e proibido; o que se confia à discricionariedade do legislador é aquilo que não está ordenado e nem proibido. Essa margem de ação é do tipo estrutural, ou seja, os limites de ação do legislador estão naquilo que a Constituição permite ou não proíbe definitivamente. (op. Cit., p. 54).

⁶⁸ “Isso é possível se, em primeiro lugar, a Constituição ordena e proíbe algumas coisas, quer dizer, estabelece um marco; se, em segundo lugar, confia outras coisas à discricionariedade dos poderes públicos, ou seja, deixa abertas margens de ação; e, em terceiro lugar, se mediante seus mandamentos e proibições decide aquelas questões fundamentais para a sociedade que podem e devem ser decididas por uma Constituição.” (op. Cit. P. 60)

⁶⁹ CLEVE, Clémerson Merlin. **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**, RT (Co-coord., 2014).

nal não residiria na definição do conteúdo dos direitos, mas em se saber se houve violação desses direitos, o que, em Estado de Direito, implicaria em concluir se a violação foi excessiva, desarrazoada, desproporcional ou afrontou a igualdade e a segurança jurídica; de forma que isto alcançaria, desde já o preceito da dignidade da pessoa humana.

Direitos fundamentais referem-se na visão de Canotilho ao asseguramento de um status jurídico – material ao cidadão, o que significa que eles correspondem a obrigações, caso contrário seriam concebidos como meros valores éticos ou morais. Em sendo direitos são exequíveis. Essa perspectiva de análise é a base para o que se pretende discutir limites à liberdade de expressão.

A Constituição é projeto coletivo de reordenação da vida em sociedade e sendo projeto é também limite, porque vai definir a esfera de ação do poder público, porque vai delimitar a esfera de incompetência do Poder Público, e o faz por meios da enumeração dos direitos fundamentais, especialmente os individuais, portanto é o limite. Nessa perspectiva é que se insere a análise do retrocesso social em direitos fundamentais.

Nesta específica situação há um sopesamento de valores e normas: a norma violada é ponderada em face de normas protetoras de interesses hierarquicamente superiores ou mais amplos. O interesse público a ser tutelado é ponderado em face do interesse público protegido pela norma violada, devendo ser dada ênfase na análise à proteção dos direitos fundamentais.

Assim, a adoção da juridicidade como parâmetro norteador da atuação estatal inclusive para fins de limitação à liberdade de expressão possibilita uma maior coesão com o ordenamento posto, com a conseqüente proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos e um melhor atendimento do interesse público subjacente. Nada mais é do que a busca da verdadeira justiça material em detrimento da discriminação e do preconceito.

A preservação dos direitos fundamentais e a vedação de retrocesso social está ligada à própria noção de Estado de Direito e de democracia. A Administração Pública, no exercício de seus fins precípuos e de suas finalidades, exerce função administrativa, utilizando-se para o implemento de suas atividades de prerrogativas públicas, as quais se apresentam como poderes da Administração, supedaneadas pelos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, e estão condicionadas às sujeições impostas pelo regime jurídico administrativo.

Não se concebe um Estado Democrático de Direito absolutamente isento de espécies de controles efetivas, eficazes e materiais, capazes de garantir o exercício constitucional e regular da democracia e vedar o retrocesso social.

Toda atuação estatal deve estar pautada pela busca da manutenção e respeito ao núcleo de direitos fundamentais do cidadão, constitucionalmente estatuidos. E nesse sentido é que políticas públicas devem ser formuladas para permitir a materialização de direitos fundamentais.

A sociedade precisa enfrentar esse debate. A democracia pressupõe instituições que não apenas proíbam os excessos, mas que promovam o acesso aos direitos fundamentais. E somente se faz isso com instituições.⁷⁰ Daí a necessidade de um novo arranjo institucional, com atuação através de função ordenadora forte e controle jurisdicional adequado para o combate aos desvios decorrentes da liberdade de expressão⁷¹. A Constituição só tem sentido se prestar-se para a tutela da dignidade da pessoa humana, para a preservação das condições de existência do homem e para a materialização dos direitos fundamentais. E para isso um novo arranjo institucional é necessário.

Um Estado inclusivo, dialético, reflexivo, dialógico, de disputabilidade e aberto. O Constitucionalismo por vir deverá priorizar essa viragem paradigmática, estará no centro das transformações sociais, garantindo, de forma contra-majoritária, uma dogmática constitucional prospectiva e emancipatória, calcada na tutela dos direitos fundamentais, com estruturas abertas ao diálogo, ao debate e à reflexão, que possibilitem respostas aos casos difíceis e efetividade à reserva de justiça dos direitos fundamentais. Que permitam uma construção social livre da discriminação e de toda a forma de preconceito, inclusive quando veiculado através da liberdade de expressão.

6. Referências

ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Fundacion Beneficentia et peritia juris, 2014.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 211, jan./mar. 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁷⁰ “em especial quando se trata de atores sociais poderosos do ponto de vista tecnológico e econômico, a ausência de regulação do discurso de ódio e a falta de medidas minimamente eficazes para a sua contenção e sancionamento implica, como já referido, uma violação dos deveres de proteção estatais para com os direitos de personalidade, mas acima de tudo da dignidade da pessoa humana.” SARLET, Ingo Wolfgang. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na internet e a jurisprudência da CEDH**. disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-out-26/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-discurso-odio-redes-sociais>. Acesso em 29/8/19.

⁷¹ “No Brasil, como se pode extrair do Habeas corpus n. 82.424, o Supremo Tribunal Federal decidiu em conformidade com o modelo alemão, priorizando a dignidade humana em detrimento da liberdade de expressão. No caso, Siegfried Ellwanger Casten, fundador da editora gaúcha Revisão, foi acusado por crime de racismo com base no art. 20 da Lei no 7.716/1989, por ter escrito e publicado livros que disseminam o ódio aos judeus. Em primeira instância o acusado foi absolvido sob o argumento de que os textos não induziam ou incitavam à discriminação do povo judeu. Porém, em sede de apelação os Desembargadores alegaram ter havido discriminação racial e o réu foi condenado. Foi impetrado, então, habeas corpus em favor do paciente, o que foi negado pelo STF, que repudiou discursos de ódio.” SILVA, Isabel Germano Rodrigues; SILVA, Josiane da Costa. **Liberdade de expressão e seus limites: o discurso de ódio é tolerável?** VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 255-273, 2o sem. 2018 – ISSN 1678-3425.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

CABRAL DE MONCADA, Luís S. **A relação jurídica administrativa**. Para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativos. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CABRAL DE MONCADA, Luís S **Manual elementar de direito público da economia e da regulação**. Uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Almedina, 2012.

CHOMSKY, Noam. Entrevista a John Pilger, BBC's The Late Show, November 25, 1992. Disponível em <http://jmm.aaa.net.au/articles/14177.htm>. Acesso em 29/8/19.

CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo**. Novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLÉVE, Clémerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. *In*: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de (Org.). **Uma vida dedicada ao Direito**: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**, RT (Co-coord., 2014).

CLÉVE, Clémerson Merlin.. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 19, 10 de dezembro de 1948.

FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o sistema internacional de Proteção dos direitos Humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado(Coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 26, São Paulo, Malheiros, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo do espetáculo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**. O sentido da vinculação administrativa à jurisdição. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral**. Curitiba, 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na internet e a jurisprudência da CEDH**. disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-out-26/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-discurso-odio-redes-sociais>. Acesso em 29/8/19.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Liberdade de expressão e discurso do ódio — de Karlsruhe a Charlottesville**. <https://www.conjur.com.br/2018-ago-10/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-discurso-odio-karlsruhe-charlottesville>. Acesso em 28/8/19.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 4, p. 56, out./dez. 2006.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional, *In*: SARMENTO, Daniel. (Coord.). **Interesses públicos vs. interesses privados**: des-
construindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. Curitiba: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais – UNIBRASIL, jan./jun. 2003.

SILVA, Isabel Germano Rodrigues; SILVA, Josiane da Costa. **Liberdade de expressão e seus limites: o discurso de ódio é tolerável?** *VirtuA Jus*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 255-273, 2o sem. 2018 – ISSN 1678-3425.

SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 149-297.

SIQUEIRA, Mariana de. **Interesse público no Direito Administrativo brasileiro**: da construção da moldura à composição da pintura. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016.

STONE, Adrienne. **How to think about the problem of hate speech: understanding a comparative debate**. In GELBER, Katharine. *Hate speech and freedom of speech in Australia*. The Federation Press, Sydney, 2007.

STRECK, Lenio Luiz *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo, Malheiros, 2ª ed. 2002.

TÔRRES, Carolina Fernanda. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão**. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 200, 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ri_l_v50_n200_p61.pdf>. Acesso em: 20 agosto de 2019.

TURGOT, Anne Robert Jacques. **Lettres sur la tolérance civile**, 1754.

WALKER, Samuel. *Hate speech: the history of an American controversy*. University of Nebraska Press, 1994.

WEBER, Anne. **Manual on Hate Speech**. Editions Council of Europe Publishing, set/2009.

ESTUDO COMPARADO DO DIREITO HUMANO À INFORMAÇÃO NO REGIME MILITAR BRASILEIRO E NA LEI 12.527/2011: MUDANÇA PARADIGMÁTICA?

CYNTHIA GRUENDLING JURUENA*

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais; 2. O acesso à informação no Brasil no período de 1964 a 1985; 3. Análise das modificações introduzidas pela Lei 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação e das diretrizes da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 4. Estudo comparado do direito de acesso à informação a partir do contexto político do regime militar e do Estado Democrático de Direito; 5. Considerações finais; Referências.

1. Considerações iniciais

O presente artigo realizará um estudo comparado entre o direito de acesso à informação no período de 1964 a 1985 (regime militar brasileiro), enfocando-se, mais especificamente, na Lei de Segurança Nacional – editada em 1969, com o direito de acesso à informação no período democrático brasileiro, a partir da Constituição de 1988 e a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011).

Apesar de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (constituição de cunho totalitário) prever que o direito de acesso à informação não estaria sujeito à censura, com a edição de posteriores Atos Institucionais (AIs) o fornecimento de informações foi sendo cada vez mais limitado pelo governo militar.

A Constituição Federal de 1988, delineada em um período pós-ditatorial, visa romper, dentre outras questões, com a obscuridade do acesso à informação que se verificou no regime militar. Além disso, com a constituição de Comissão da Verdade (fundada em 2011 a fim de investigar os crimes praticados no período da ditadura militar), foi necessária a edição de uma Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011).

* Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (Curitiba-PR, Brasil), com bolsa Capes proex tipo I. Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa Capes pro-sup tipo II. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED/PUCPR). Diretora acadêmica do Instituto Política por.de.para mulheres. Secretária-executiva da Revista Direito Econômico e Socioambiental – PUCPR. E-mail: cjuruena@gmail.com.

Diante disso, o propósito da pesquisa é analisar, a partir do contexto político e jurídico do período do regime militar e do período democrático (com a Constituição de 1988), as modificações do acesso à informação, e se houve, nesse sentido, uma ruptura paradigmática no fornecimento de informações (pelo poder público e pela imprensa).

A metodologia de pesquisa adotada será o estudo comparado do direito à informação em períodos distintos (regime militar e Estado Democrático). A pesquisa será realizada a partir de estudos de referenciais bibliográficos e análise de legislações específicas e das Constituições de 1967 e 1988.

2. O acesso à informação no Brasil no período de 1964 a 1985

O período de 1964 a 1985 no Brasil foi marcado pela ditadura militar. Em 1967 foi promulgada uma Constituição elaborada pelo Congresso Nacional, e o AI-4 (Ato Institucional) conferiu função de poder constituinte originário a ela – ou seja, uma constituição autoritária, ilimitada e soberana.

Ao assumirem o poder no ano de 1964, os militares depararam-se com a necessidade de garantir uma boa imagem ao povo, de um governo que não praticava medidas repressivas. Dessa forma, precisavam do apoio do Congresso Nacional, para garantir a legalidade de seus atos. Iniciaram, portanto, um processo de cassação de parlamentares, a fim de ter o Congresso com os mesmos ideais do governo militar.

A Constituição de 1967 estabelecia, em seu artigo 150, §8^o, que a prestação de informações não seria sujeita à censura. No ano de 1969, à época do governo Geisel e da vigência do Ato Institucional n° 5², é instaurada a Lei de Segurança Nacional. Essa lei possui um caráter extremamente antidemocrático, com dispositivos que procuram reprimir e prevenir que ocorra uma “possível subversão”, representada pelo perigo comunista que tanto era temido pelos militares.

Esta legislação tinha por objetivo a redefinição dos crimes cometidos contra o Estado e a ordem social. Cabe aqui, em um primeiro momento, a tentativa de conceituar o que

¹ “Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a **prestação de informação sem sujeição à censura**, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe” (grifo próprio). In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>.

² No período de 1964 a 1968, diversos atos institucionais foram instaurados, objetivando, em suma, manter os militares no comando. O AI-5 foi baixado em 1968 - um ano onde houve um considerável número de protestos contra o regime militar -, representando o endurecimento do regime militar. Este ato é um dos mais conhecidos por ter dado poderes absolutos ao Presidente da República e também por ter iniciado, de fato, a censura política.

seria a ordem pública, para depois passar-se a análise de um dispositivo específico da lei. O autor Cretella Neto³ define a ordem como “tranquilidade pública resultante do cumprimento das leis, garante o exercício democrático da cidadania, preservando a dignidade da pessoa humana”. A Constituição estabelece que os fundamentos do Estado devem ser realizados preservando o pilar da dignidade humana. Assim, haverá punição quando houver desordem ou o propósito de desestabilizar a ordem pública.

Dentre as penas previstas na legislação, havia penas mínimas totalmente desproporcionais com a gravidade do crime cometido. Um exemplo disto são alguns crimes de manifestação de pensamento, onde a pena mínima era de 10 anos de reclusão. Além disso, nesta lei encontrava-se prevista a pena de morte. No Brasil, à época do regime militar, não foi aplicada legalmente a pena de morte. Contudo, conforme as palavras de Fragoso⁴, tem-se que “a pena de morte está se convertendo, cada vez mais, em desaparecimentos inexplicáveis de indivíduos, execuções extrajudiciais e assassinatos políticos”.

Durante o período do Regime Militar ocorreram diversas mortes, torturas e desaparecimentos, tendo como alvo aqueles que fossem contrários aos ideais do governo. Ademais, os militares brasileiros possuíam estreitas relações com o poder Judiciário, não tendo havido, dessa forma, uma abordagem tão radical e extrajudicial como é verificado nos demais países do Cone Sul.⁵

Ao tratar da lei de segurança nacional, é necessário abordar quais crimes enquadram-se, de fato, no conceito de segurança nacional. A intenção do legislador, ao formular essa lei, foi de abranger todos os bens-interesses elevados à classe de objetivo nacional, para haver uma maior tutela jurídica nessa espécie de delitos.⁶ Com esta conceituação, verifica-se que definir precisamente o que é segurança nacional e os crimes que se enquadram nesta lei é uma tarefa, no entanto, árdua. Isto ocorre em razão de que muitas lacunas são deixadas, não havendo grande delimitação nos dispositivos, havendo uma discricionariedade substancial para os intérpretes da lei.

Será analisado a seguir um dispositivo da Lei de Segurança Nacional – relacionado ao direito à informação - e que é de suma importância para o presente trabalho. O artigo 16 – com pena de detenção de 6 meses a 2 anos - possui a seguinte redação: “Divulgar, por qual-

³ CRETILLA NETO, José *et al* (Coord.). **Comentários à Lei de Imprensa**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 107.

⁴ FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lei de Segurança Nacional: uma experiência antidemocrática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980, p. 15.

⁵ “[...] enfoques mais conservadores e graduais à lei e à judicialização da repressão são mais comuns em regimes com um alto grau de cooperação, integração e consenso entre o Judiciário e as forças armadas. [...] Quando os militares controlam o Executivo e tentam judicializar a repressão, tendem a fazer uso de alguns dos elementos do sistema Judiciário tradicional”. In: PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2012, p. 258.

⁶ FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lei de Segurança Nacional: uma experiência antidemocrática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

quer meio de comunicação social, notícia falsa, tendenciosa ou fato verdadeiro truncado ou deturpado, de modo a indispor ou tentar indispor o povo com as autoridades constituídas”.

O primeiro ponto a ser tratado é que o crime acima exposto é matéria da Lei de Imprensa, nem devendo constar na Lei de Segurança Nacional. A Lei de Imprensa do ano de 1967 já contém o mesmo delito acima descrito em um dispositivo. Assim, percebe-se que a Lei de Segurança Nacional – instaurada após a Lei de Imprensa de 1967 – estaria repetindo algo que já havia sido tratado em uma lei específica do assunto. Àquela época, muitas informações não eram de alcance da sociedade civil, ou muitas vezes as notícias chegavam sem a imparcialidade que se faz necessária.

Com a previsão deste delito na Lei de Segurança Nacional, aterrorizando os jornalistas e também comprometendo o interesse democrático da liberdade de expressão e de imprensa, muitas das informações acabavam por ser censuradas. Prosseguindo no que tange ao artigo 16 da lei, o legislador faz menção a “fato verdadeiro truncado ou deturpado”. Novamente, depara-se com a situação de que a expressão é um tanto vaga, podendo servir de instrumento para coagir os órgãos da imprensa.⁷

O dispositivo que está sendo analisado inibe os jornalistas de se expressarem livremente, impondo que a sociedade civil tenha um pensamento similar ao do governo em questão. Caso contrário, a legislação terá a previsão de pena para esse delito. Entretanto, não é possível que toda a população brasileira pense de forma homogênea acerca do que está ocorrendo no Estado. Neste sentido, esta previsão na Lei de Segurança Nacional acaba por atingir a liberdade de pensamento, que, mesmo nessa época, já era assegurado na Constituição Federal de 1967. Além de estar em discordância com a constituição vigente nesse período, também está em contradição com a Declaração Universal de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1968 (antes da instauração da Lei de Segurança Nacional).

O artigo 19 desse tratado (DUDH) dispõe que: “Todo o indivíduo tem direito a liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”. O dispositivo da Lei de Segurança Nacional é incompatível com o dispositivo acima transcrito, não sendo conciliável o acesso à informação – previsto na Carta Magna e no tratado – com a censura prévia imposta pelo regime militar.⁸

O artigo 16 dispõe de parágrafo único, que contém a seguinte redação: “Se a divulgação provocar perturbação da ordem pública ou expuser a perigo o bom nome, a autoridade, o crédito ou o prestígio do Brasil”. Depara-se novamente com a questão de conceitos vagos estabelecidos pelo legislador, ao utilizar as expressões “bom nome e prestígio”. O

⁷ LIMA, Paulo C. A. **Lei de Segurança Nacional**: crítica-exegese. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1979.

⁸ MORAES FILHO, Evaristo de. **Um atentado à liberdade**: Lei de segurança nacional. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

texto legal possui inúmeras lacunas em sua redação, a fim de poder enquadrar nesses delitos atitudes consideradas impróprias pelos agentes da repressão.⁹

Ademais, a previsão dos crimes de manifestação do pensamento demonstra o caráter autoritário que possui a Lei de Segurança Nacional. Para que a manifestação de pensamento possa ser punível como crime político¹⁰, não basta somente que se expresse ideias contrárias ao do governo em questão; há a necessidade de que tais ideias se destinem a conduzir uma ação criminosa relacionada à segurança do Estado. Alguns historiadores não definem o Regime Militar como sendo uma ditadura, devido principalmente às estreitas relações que eles possuíam com o Judiciário. Porém, em um Estado Democrático de Direito há a previsão de que todos tenham liberdade para se expressar e manifestar a sua própria opinião, não podendo que essa liberdade seja cerceada. Logo, analisando o regime militar tão-somente com base no que se refere ao direito fundamental à informação, - que é o objeto do estudo - pode-se concluir que este não era um sistema democrático.¹¹

Em 1964, os militares logo se preocuparam em criar um órgão de informações moderno. Assim, foi criado o Sistema Nacional de Informações (SNI), que possuía arquivos com informações sigilosas dos cidadãos e fiscalizava as informações e contra-informações. Houve inclusive treinamento de militares no exterior, em cursos de informação e contra-informação e também para a aprendizagem de técnicas de interrogatório. O mais interessante é que muitos dos países que auxiliaram no preparo dos militares para aplicarem essas práticas repressivas, alguns anos após criticaram a situação dos direitos humanos no Brasil.¹²

Os líderes políticos sabem da grande importância que a censura tem, e ela sempre esteve presente em todos os países. Há, porém, uma variação na forma e na intensidade em que ela ocorre. Nos regimes militares – como no caso brasileiro - ocorria uma censura prévia oficial. Existem diversos tipos de censura, e uma muito aplicada era a ideológica. Essa censura era muito utilizada com os veiculadores de informação, onde era feita uma doutrinação ideológica deles.¹³

⁹ LIMA, Paulo C. A. **Lei de Segurança Nacional: crítica-exegese**. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1979.

¹⁰ “É necessário que se faça uma breve explanação do que se enquadra em crime político, tarefa essa, porém, de certa complexidade. De forma geral, seria aquele que ponha em perigo efeito a segurança nacional. Se aprofundarmos essa conceituação, o delito deve ser político objetiva e subjetivamente, e, além do mais, o fim político é um elemento essencial para que se possa ser considerado como um crime político. Não basta, entretanto, que o fato seja dirigido contra os interesses do Estado, mas sim, contra as condições políticas. É importante que não haja um equívoco ao enquadrar motivos de caráter pessoal, pois também não se enquadram como crime político”. In: FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lei de Segurança Nacional: uma experiência antidemocrática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

¹¹ FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lei de Segurança Nacional: uma experiência antidemocrática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

¹² REIS, Gustavo Moraes Rego. Depoimentos. In: D'ARAUJO, Maria Celina; SOARES, Gláucio Ary Dillon; CASTRO, Celso (Orgs.). **Os anos de chumbo: a memória sobre repressão**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 148-151.

¹³ PEREIRA, Moacir. **Imprensa: um caminho para a liberdade**. Florianópolis: Lunardelli, 1980, p. 157-159.

Quando os líderes políticos se deparam com obstáculos, a primeira medida que normalmente tomam é suprimir a liberdade de expressão e da imprensa. Os líderes de muitos países em desenvolvimento sentiram que não poderiam fazer face à crítica e à oposição da imprensa democrática¹⁴, para que não enfraquecesse o regime. Neste espectro, alguns amordaçaram a imprensa através da censura e de controles econômicos; outros assumiram a direção da imprensa.¹⁵

No Brasil, ocorria que todas as publicações tinham que ser previamente examinadas pelos policiais. Geralmente, em todos os países, os jornais e revistas semanais começam a circular às segundas-feiras. Entretanto, aqui ocorria que os policiais determinavam os dias em que iriam analisar a matéria de cada jornal. O jornal Opinião, por exemplo, era examinado nas terças-feiras, censurado e devolvido na quarta-feira, para, então, serem feitos os ajustes das partes cortadas. Ou seja, acabava por circular com quase uma semana de atraso, prejudicando a publicação. As despesas aumentaram generosamente com a censura, e, ainda, tinham menos mercado, pois a notícia com tamanho atraso se torna menos interessante. O jornal Opinião foi deveras atingido pela censura, pois recebia tratamento diverso do que outros jornais que circulavam na época.¹⁶

Cabe aqui diferenciar-se a censura da censura política. A censura pode existir em qualquer momento, podendo ser com maior ou menor intensidade, e é uma espécie que não costuma deixar vestígios. Essa censura ocorre no interior dos próprios periódicos, onde se procura definir uma linha editorial que possibilita ou não a publicação de determinada abordagem de notícias. Já a censura política, decorrente do Estado, ocorre quando há um regime autoritário no poder, que teme manifestações da sociedade e busca contê-las.¹⁷ Nota-se que a censura política teve maior intensidade no período que houve maior repressão, isto é, de 1968 a 1978. E, mesmo assim, a censura que se estabeleceu não ocorreu da mesma forma sobre os órgãos de informação.

No Brasil, era um cargo público ser censor à época da ditadura militar; ou seja, essa pessoa tinha como função a de ser encarregado por realizar a revisão e censura tanto de obras literárias como dos meios de comunicação de massa. Pode-se definir, também, censor como aquele que pratica ato censório, que faz uma crítica ou um julgamento. Mesmo quando

¹⁴ A concepção de não conseguir fazer frente a uma imprensa democrática e então utilizar-se da censura vai no sentido oposto da poliarquia, que seria a dimensão real da ideia democrática delineada por Robert Dahl. O autor trata que é mais democrático um regime que seja menos inclusivo e mais tolerante à contestação do que a contestação seja restrita ou inexistente ainda que a inclusão seja praticamente plena. Neste sentido, o grau de abertura para a contestação é essencial para um regime democrático. In: DAHL, Robert A. **Poliarquia**: participação e oposição. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: EDUSP, 1997.

¹⁵ PEREIRA, Moacir. **Imprensa**: um caminho para a liberdade. Florianópolis: Lunardelli, 1980, p. 159.

¹⁶ MACHADO, José Antonio Pinheiro. **Opinião x Censura: momentos da luta de um jornal pela liberdade**. Porto Alegre: L&PM, 1978, p. 24-31.

¹⁷ NOVINSKY, Anita. Os regimens totalitários e a censura, p. 25-36. In: CARNEIRO, Maria Luiza Tucci (Org.). **Minorias silenciadas**: história da censura no Brasil. São Paulo: EDUSP; Imprensa Oficial do Estado; FAPESP, 2002.

foi extinto esse cargo de censor, ainda ocorria o exercício censório. Interessante apontar que em nosso país muitos desejavam a censura. Não apenas aqueles que estavam no governo, mas também indivíduos da sociedade civil.¹⁸ A imprensa, no período do regime militar, teve que criar brechas para informar a população e fazer críticas ao regime autoritário. A censura faz com que a imprensa ou se alinhe ideologicamente ao regime militar ou se submeta a ele. Os jornalistas que exerciam a profissão à época despendiam de diversas técnicas para informar os acontecimentos mais importantes do período, de forma que não fossem repreendidos pelo governo.¹⁹

“Os jornalistas que conviveram com a censura prévia lançaram mão de vários artifícios para expressar seu inconformismo. A publicação dos versos de Camões e das receitas de bolo tornou-se o marco mais significativo, mas houve outras estratégias de protesto como, por exemplo, a inclusão de informações proibidas no corpo de matérias já liberadas”.²⁰

E, com esses atos censórios, havia uma desinformação por parte da sociedade civil. Tanto de acontecimentos importantes fora do país como do que estava ocorrendo no Brasil. As informações sobre as práticas repressivas e os atos do regime militar não eram de alcance da população, pois eram quase que totalmente vetadas.

3. Análise das modificações introduzidas pela Lei 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação e das diretrizes da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Lei de Acesso à Informação, Lei 12.527/2011, é editada justamente no contexto da instauração da Comissão da Verdade, de modo que fosse possível o acesso de informações da época do regime militar (visto que a legislação 11.111/05, também promulgada no período democrático, ainda limitava o acesso à informação e corroborava com uma cultura do sigilo, que é incompatível com o Estado Democrático de Direito). Além disso, importa sublinhar que o direito de acesso à informação é um direito fundamental protegido pelo artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.²¹

¹⁸ KUSHNIR, Beatriz. **Cães de guarda**: jornalistas e censores, do AI-5 à Constituição de 1988. São Paulo: Boitempo, 2004.

¹⁹ SCHULZ, Rosângela Marione. A censura como limite às informações. **Revista Barbarói**, Santa Cruz do Sul, n. 4/5, p. 45-62, jan./dez. 1996, p. 48-52.

²⁰ MAIA, Maurício. Censura, um processo de ação e reação. In: CARNEIRO, Maria Luiza Tucci (Org.). **Minorias silenciadas**: história da censura no Brasil. São Paulo: EDUSP; Imprensa Oficial do Estado; FAPESP, 2002, p. 469-512, p. 474.

²¹ CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

No ano de 2011, então, houve a promulgação da Lei nº 12.527²² no Brasil, que tem por escopo o de regular o acesso às informações contido em determinados dispositivos da Constituição de 1988, bem como nos demais documentos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio que versam sobre a matéria. Essa lei alterou significativamente a Lei nº 8.112 de 1990, além de revogar a Lei nº 11.111 de 2005.

Dessa forma, cabe ressaltar que a Lei de Acesso à Informação apresenta objetivos a serem alcançados, sendo estes: a) a concretização do direito à verdade e à memória e a divulgação dos documentos do período da ditadura militar; b) o combate às práticas patrimonialistas e personalistas na Administração Pública; c) o controle social das pessoas jurídicas de direito privado que recebem subsídios públicos.²³

O artigo 3º explicita que os procedimentos previstos nesta lei devem observar e serem executados de acordo com os princípios básicos da administração pública, sendo elencados nos incisos as diretrizes a serem seguidas pela legislação.²⁴ Cabe, assim, analisar os incisos individualmente.

Iniciando-se pelo inciso I, que aponta como regra geral a observância da publicidade, havendo a possibilidade do sigilo como exceção. Essa publicidade a qual é referida no dispositivo pode ser entendida como “a publicidade reclamada pelo direito de informação consiste na circunstância de que os atos do governo devem ser públicos e devem estar disponíveis a qualquer pessoa”.²⁵ Quanto menores forem as restrições impostas pelo Estado para o sigilo dos documentos, maior será, conseqüentemente, a possibilidade do acesso a eles e a abertura da Administração Pública.

Como os administradores devem atender ao interesse público, e não seus interesses pessoais, a publicidade se faz indispensável para que se possa garantir e controlar que os atos públicos tenham essa finalidade: o atendimento aos cidadãos.²⁶ A publicidade, desse

²² Na América Latina, surgiu, nos últimos anos, a tendência de regulamentar em legislações infraconstitucionais (ou decretos) o direito à informação pública. No México, houve a implementação de uma lei, no ano de 2002, considerada como referência, devido à agilidade de seus sistemas. Em 2003, a Argentina, a partir do Decreto 1.172, estabeleceu o direito de acesso à informação pública no Poder Executivo nacional. Para mais, ver: BUTELER, Alfonso. Regimen federal de acceso a la información pública. *Revista do Direito Unisc*, Santa Cruz do Sul, n. 44, p. 192-219, set./dez., 2014.

²³ SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de Acesso à Informação (LAI)**: comentários à Lei nº 12.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção direito administrativo positivo; v. 33/ Irene Patrícia Nohara, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores), p. 38.

²⁴ BRASIL. **Lei n. 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>.

²⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O direito à informação e a liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 127.

²⁶ SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de Acesso à Informação (LAI)**: comentários à Lei nº 12.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção direito administrativo positivo; v. 33/ Irene Patrícia Nohara, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores), p. 83.

modo, serve para o combate de práticas patrimonialistas, que, como foi visto no primeiro ponto, visavam atender interesses privados.

Já o inciso II do mesmo dispositivo, aponta a diretriz da “divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações”²⁷, evidenciando ser dever do Estado administrador o de disponibilizar essas informações de interesse público. O fato de a Lei de Acesso à Informação prever a divulgação, independente de solicitações, preconiza a transparência ativa, implicando no dever estatal de prestar informações sem ter que ser acionado pelo cidadão.

Para mais, importa trazer que o Decreto nº 7.724/2012²⁸, ao regulamentar a Lei de Acesso à Informação, resguardou um capítulo todo para esclarecer quais são as informações que devem ser prestadas, independentemente de requerimentos. Inclusive, o decreto especifica quais informações devem constar nos sítios eletrônicos (conhecidos como portais da transparência).

No tocante à transparência ativa, a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos é de que o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos preconiza um dever do Estado no fornecimento de informações públicas. “[...] o artigo 13 da Convenção Americana trata da obrigação positiva a cargo do Estado, de permitir aos cidadãos o acesso à informação”.²⁹

No inciso III está previsto que deve haver a “utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação”³⁰, sendo a *internet* atualmente uma importante ferramenta de divulgação de informações. Nesta senda, a partir desse inciso que se extrai a necessidade de implementação dos portais da transparência, que serão analisados posteriormente na presente pesquisa.

O inciso IV deste dispositivo ressalta que se faz necessário o “fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública”³¹, sendo a transparência um dos pilares do Estado Democrático de Direito e do direito à boa administração pública, cabendo à Administração Pública a promoção de “verdadeira cultura da transparência, o que

²⁷ BRASIL. **Lei n. 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>.

²⁸ Capítulo III – DA TRANSPARÊNCIA ATIVA. In: BRASIL. **Decreto n. 7.724**, de 16 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato20112014/2012/Decreto/D7724.htm>.

²⁹ CIDH. **O direito de acesso à informação no Marco Jurídico Interamericano**. Relatório Especial para a Liberdade de Expressão 2. ed. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones>>. OEA: 2011, p. 11.

³⁰ BRASIL. **Lei n. 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>.

³¹ BRASIL. **Lei n. 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>.

implica em campanhas sistemáticas para divulgar entre o público em geral a existência e os modos de exercício do direito de acesso à informação”.³²

A transparência, que é referida no dispositivo, constitui em um dos fundamentos do que é chamada “boa governança³³”, onde o governo cumpre a função de aproximar o Estado da sociedade, bem como amplia o nível de acesso às informações sobre a gestão pública.³⁴ Tem-se que a transparência é um dos pilares da ordem democrática.

E, por último, o inciso V, prevê o “desenvolvimento do controle social da administração pública”³⁵, pois só a partir do acesso à informação pública e da transparência que poderá ser exercido um controle social³⁶ sob a Administração. Dessa forma, o dever de prestar informações também se afigura em um elemento central para o exercício da cidadania. Entretanto, o desenvolvimento do controle social se constitui em tarefa árdua, uma vez que “não há controle social sem cidadãos atentos, e não é possível atenção sem acesso às informações sobre o desenvolvimento das atividades públicas. Mas o acesso não é suficiente. É preciso que o acesso seja amigável, que os dados sejam compreensíveis e que o cidadão esteja disposto a exercer esse controle”.³⁷

O artigo 6º da Lei de Acesso à Informação assevera quais são os deveres do Poder Público em relação à transparência de seus atos. O dispositivo traz, em seus incisos, o que cabe aos órgãos e entidades públicas assegurar.³⁸ Neste sentido, esmiuçar-se-á os incisos com relação aos deveres do Poder Público.

³² CIDH. **O direito de acesso à informação no Marco Jurídico Interamericano**. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão 2. ed. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones>>. OEA: 2011, p. 23.

³³ A governança possui um caráter mais amplo, pois se relaciona com a ação e execução das decisões feitas. Ela refere-se à capacidade administrativa dos recursos sociais e econômicos do país, isto é, ao *modus operandi* das políticas governamentais, incluindo questões do processo decisório, do financiamento de políticas e do alcance de programas de governo. In: PORTAL ADMINISTRAÇÃO. **Governança, governabilidade e accountability**. Disponível em: <<http://www.portal-administracao.com/2015/04/governanca-governabilidade-accountability.html>>. Uma boa governança seria trabalhar essas questões visando o melhor para o interesse público.

³⁴ GRUMAN, Marcelo. Lei de acesso à informação: notas e um breve exemplo. **Revista Debates**, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 97-108, set./dez., 2012, p. 101.

³⁵ BRASIL. **Lei n. 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>.

³⁶ Acerca do controle social, tem-se que “o controle social pode ser entendido como a participação do cidadão na gestão pública, na fiscalização, no monitoramento e no controle das ações da Administração Pública. Trata-se de importante mecanismo de prevenção da corrupção e de fortalecimento da cidadania” In: COLEÇÃO OLHO VIVO. **Controle Social**. Orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social, p. 16. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/controlesocial/ arquivos/controlesocial2012.pdf>>.

³⁷ SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de Acesso à Informação (LAI)**: comentários à Lei nº 12.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção direito administrativo positivo; v. 33/ Irene Patrícia Nohara, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores), p. 86.

³⁸ BRASIL. **Lei n. 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>.

Iniciando-se pela análise do inciso I, que estabelece a exigência de haver a “gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação”.³⁹ Salgado⁴⁰ tece importante consideração acerca de como se deve dar esse acesso à informação, sugerindo que deva haver uma padronização de procedimentos para produção e armazenamento de dados e documentos. É inadmissível que a Administração Pública não responda requerimentos formais ou que responda de maneira alheia às previsões legais.

Nota-se que a informação pode ser classificada como sigilosa quando imprescindível para a segurança nacional ou pode não ser disponibilizada publicamente quando a informação ferir o direito de personalidade⁴¹ de algum cidadão, sendo que esta última hipótese foi incluída pelo decreto. A CIDH refere que “o acesso à informação [...] só admite restrições excepcionais que devem estar previamente estabelecidas em lei para o caso de existência de perigo real e iminente que ameace a segurança nacional em sociedades democráticas”.⁴² Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro incluiu ainda a questão da colisão com direitos de personalidade, ampliando as restrições ao direito à informação.

À época do regime militar brasileiro, como foi visto, uma alegação recorrente para censurar e restringir a liberdade de expressão e de informação era a da segurança nacional. Neste sentido, para evitar que o agente público negue o acesso à informação em nome da imprescindibilidade à segurança nacional, o artigo 23 da LAI⁴³ estabelece um rol de hipó-

³⁹ BRASIL. **Lei n. 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/12527.htm>.

⁴⁰ SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de Acesso à Informação (LAI)**: comentários à Lei nº 12.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção direito administrativo positivo; v. 33/ Irene Patrícia Nohara, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores), p. 96.

⁴¹ Um dos casos em que se alegava a ofensa ao direito de privacidade e intimidade era a divulgação nominal da remuneração dos agentes públicos. Em 2011, o STF estabeleceu que a publicidade dessas informações não violava à privacidade e intimidade de servidor público. In: SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de Acesso à Informação (LAI)**: comentários à Lei nº 12.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção direito administrativo positivo; v. 33/ Irene Patrícia Nohara, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores), p. 91.

⁴² CIDH. **O direito de acesso à informação no Marco Jurídico Interamericano**. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão 2. ed. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones>>. OEA: 2011, p. 25.

⁴³ Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

- I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;
- II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;
- III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;
- IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;
- V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas;
- VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;
- VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares;

ou

teses onde será cabível a restrição, sendo que esta deverá ser motivada, a fim de que seja possível exercer o controle.

Eneida Salgado⁴⁴ enfatiza que “a exigência de motivação e de controle das decisões negativas deve ser bastante enfática, sob pena de esvaziamento do comando geral de transparência e publicidade”. A possibilidade de controle das decisões da Administração Pública é uma maneira de evitar que possíveis abusos na restrição do acesso a informações venham a ocorrer.

O artigo 24⁴⁵ da Lei de Acesso à Informação trata que, dependendo do teor da informação para a imprescindibilidade à segurança nacional, poderá ser estabelecido prazos de sigilo como ultrassecreto, secreto e reservado (os prazos máximos estão dispostos nos incisos do dispositivo, e podem ser de 25, 15 ou 5 anos).

Esses dispositivos visam uma ruptura com a legislação anterior (Lei 11.111/05), que estabelecia no artigo 3º que “Os documentos públicos que contenham informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado poderão ser classificados no mais alto grau de sigilo, conforme regulamento”.⁴⁶ Ademais, o artigo 4º preconizava que uma Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas seria instaurada pelo Poder Executivo, a fim de decidir acerca da aplicação da ressalva ao acesso dos documentos.

Além disso, o artigo 6º estipulava que poderia haver prorrogação de prazo do sigilo desses documentos, e o §2º que, antes de expirar o prazo, “[...] a autoridade competente para a classificação do documento no mais alto grau de sigilo poderá provocar, de modo justificado, a manifestação da Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas para que avalie se o acesso ao documento ameaçará a soberania, a integridade territorial

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações. In: BRASIL. **Lei n. 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>.

⁴⁴ SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de Acesso à Informação (LAI): comentários à Lei nº 12.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012**. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção direito administrativo positivo; v. 33/ Irene Patrícia Nohara, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores), p. 157.

⁴⁵ Art. 24. A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada.

§ 1º Os prazos máximos de restrição de acesso à informação, conforme a classificação prevista no **caput**, vigoram a partir da data de sua produção e são os seguintes:

I - ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos;

II - secreta: 15 (quinze) anos; e

III - reservada: 5 (cinco) anos. In: BRASIL. **Lei n. 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>.

⁴⁶ BRASIL. **Lei n. 11.111**, de 5 de maio de 2015. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11111-5-maio-2005-536798-norma-atualizada-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11111-5-maio-2005-536798-norma-11111-5-maio-2005-536798-norma-atualizada-pl.html)>.

nacional ou as relações internacionais do País, caso em que a Comissão poderá manter a permanência da ressalva ao acesso do documento pelo tempo que estipular”.⁴⁷

Neste sentido, a Lei 12.527/2011, dentre outras providências de regulamentação de dispositivos da Constituição Federal de 1988, revogou a Lei 11.111/2005, visto que esta legislação ainda mantinha documentos inacessíveis, cultuando o sigilo, que é incompatível com um Estado Democrático de Direito.

No artigo 21 da LAI se verifica novamente uma ruptura da cultura do sigilo (que se mantinha até então). Isto porque o dispositivo estabelece que “não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais”. No parágrafo único o legislador acrescenta que “as informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso”.⁴⁸

A legislação anterior – lei 11.111 de 2005 - ainda mantinha diversos documentos da época do regime militar sob sigilo. Entretanto, com o dispositivo acima referenciado, todos os documentos que estejam relacionados a violências de direitos humanos (muito recorrente no regime militar) devem ser disponibilizados para o acesso.

O artigo 25 da LAI cuida do dever que o Estado possui em controlar o acesso e divulgação de informações sigilosas. Nesta senda, o Decreto nº 7.845/2012 regulamenta os procedimentos para credenciamento de segurança e tratamento de informação classificada como sigilosa, dedicando 60 artigos para a matéria. O artigo 26 da legislação também dispõe acerca do sigilo no tratamento dessas informações. Do artigo 27 ao 30, encontram-se dispostas as questões de como se dará a classificação, reclassificação e desclassificação de informações tidas como sigilosas.⁴⁹

4. Estudo comparado do direito de acesso à informação a partir do contexto político do regime militar e do Estado Democrático de Direito

Para realizar um estudo comparado, seja de um instituto jurídico em dois ou mais países, um instituto jurídico em diferentes âmbitos (como por exemplo, a responsabilidade civil na Lei Anticorrupção brasileira e a responsabilidade civil ambiental) ou um direito fundamental para duas constituições distintas, é necessário, para além do âmbito jurídico, analisar

⁴⁷ BRASIL. **Lei n. 11.111**, de 5 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11111-5-maio-2005-536798-normaatuizada-pl.html>>.

⁴⁸ BRASIL. **Lei n. 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm>.

⁴⁹ BRASIL. **Lei n. 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm>.

a conjuntura política, aspectos de cunho sociológico, dentre outras peculiaridades. É necessário, para estudos comparados, fazer uma análise das entrelinhas daquele ordenamento.⁵⁰

“O direito comparado⁵¹ deve utilizar principalmente os métodos da história do direito, assim como os da dogmática jurídica, sendo imprescindível o conhecimento detalhado, profundo e, na medida do possível, direto das formas de interpretação e aplicação das legislações estudadas”.⁵² Neste sentido, é de suma importância as fontes utilizadas para a realização do estudo comparado.

Para a realização de estudos comparados sobre institutos jurídicos, não se deve realizar uma comparação *ad hoc* – isto é, informações comparadas das soluções (a partir de casos e problemas). Isto porquê, para além da comparação de soluções, é imprescindível que se leve em conta o contexto histórico e semântico da sociedade, com base na pluralidade da sociedade e dos espaços.⁵³

Além disso, há a questão da interpretação que perpassa um estudo comparado. Segundo Legrand⁵⁴, “*elementary hermeneutics teaches that every interpretation, no matter how purportedly faithful to the law-text being interpreted, will ground its understanding in a meaning-giving activity being conducted according to a self’s motivations and goals (whether consciously or not)*”.

Neste sentido, para que se possa efetuar, de fato, um estudo comparado entre o direito à informação no regime militar brasileiro e no período do Estado Democrático – com o enfoque na Lei 12.527/2011, porém, trazendo alguns aspectos anteriores à edição da legislação -, é de suma importância que esse diálogo deva considerar as estruturas internas em que opera.⁵⁵ Por essa razão que este ponto do trabalho, antes de centrar-se na comparação do direito à informação, irá trazer aspectos de cunho político.

⁵⁰ LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018.

⁵¹ No presente artigo, optou-se por utilizar a denominação “estudos comparados”, e não “direito comparado”, mantendo-se o termo somente por ser citação direta, seguindo na linha de Pierre Legrand e outros teóricos críticos da comparação. Nas palavras de Dimoulis, “[...] seria mais indicado se referir não ao direito comparado e sim à comparação jurídica (Rechtsvergleichung) ou ao estudo comparado de sistemas jurídicos”. In: DIMOULIS, Dimitri. Objetivos e métodos do direito comparado e peculiaridades do direito constitucional comparado. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 77-88, maio/ago. 2016, p. 77.

⁵² DIMOULIS, Dimitri. Objetivos e métodos do direito comparado e peculiaridades do direito constitucional comparado. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 77-88, maio/ago. 2016, p. 83.

⁵³ CARDUCCI, Michele. Crítica de la comparación constitucional “ad hoc”. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 14, n. 55, p. 13-22, jan./mar., 2014, p. 14-15.

⁵⁴ LEGRAND, Pierre. *On the singularity of law*. **Harvard International Law Journal**, vol. 47, n. 2, p. 517-530, summer, 2006, p. 523.

⁵⁵ CARDUCCI, Michele. Crítica de la comparación constitucional “ad hoc”. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 14, n. 55, p. 13-22, jan./mar., 2014, p. 16-17.

Em agosto de 1961, o Governador Carlos Lacerda – inimigo do presidente da época, Jânio Quadros – realizou uma convocação extraordinária, alertando a sociedade para um golpe de Estado. No dia seguinte o presidente avisou aos ministros de que entregaria uma carta-renúncia, e que já havia encaminhado este documento ao Congresso. Com a renúncia do Presidente da República, deveria ocorrer a sua substituição.⁵⁶

Porém, João Goulart, vice-presidente, estava ausente do país, devendo assumir temporariamente o presidente da Câmara dos Deputados, Ranieri Mazzilli. Mazzilli, em diálogos com as lideranças partidárias, a fim de obter informações sobre a atual situação política e também quanto à segurança nacional do país, afirmou que somente assumiria a presidência se, quando João Goulart retornasse ao Brasil, não fossem interpostos impedimentos para que ele, então, assumisse o cargo. No entanto, os ministros militares não queriam que Jango (João Goulart) tomasse posse.⁵⁷

E foi nesse clima de tensão e instabilidade que João Goulart assumiu a presidência do Brasil. Entretanto, os militares somente aceitaram isso pois foi aprovada a instauração de um regime parlamentarista no Congresso Nacional. Pode-se dizer que esse regime deixava Jango de “mãos atadas” - pois tirava dele muito dos poderes presidenciais. Goulart precisava receber um voto de confiança para então implementar o seu projeto de reformas sociais no Brasil e, além disso, precisava enfrentar as consequências econômicas geradas pela má administração do governo anterior.⁵⁸

Nas palavras de Silva,⁵⁹ “Jango, ao aceitar o parlamentarismo para ser o Presidente, aceitara presidir sem governar”. E, realmente, foi o que aconteceu durante esse período em que Goulart assumiu o cargo. Havia uma cisão na sociedade brasileira: aqueles que desejavam revogar a Emenda Parlamentar, conferindo, assim, mais poderes ao Presidente da República; e uma outra parcela que temia que isso ocorresse.

Enquanto Jango tentava recuperar os poderes presidenciais, defendeu a criação de um programa de reformas, intitulado Reformas de Base. Esse programa, dentre outras iniciativas, visava ampliar a participação popular na gestão pública e também modernizar os setores agrários. Entretanto, esse projeto nunca pôde ser implementado, por ter sofrido um grande embate com os grupos mais conservadores.⁶⁰

No início de janeiro de 1963 ocorreu um plebiscito para decidir pelo retorno (ou não) do regime presidencialista. Com um resultado surpreendente, foi decidido, com a maioria absoluta dos votos, pela volta do presidencialismo. Entretanto, a partir desse plebiscito, as tensões no cenário político começaram a florescer ainda mais. O governo de Jango passou a ser encurralado pela forte oposição dos setores civis e pelos militares. Nessa conjuntura de

⁵⁶ SILVA, Hélio. **1964: Golpe ou contragolpe?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

⁵⁷ SILVA, Hélio. **1964: Golpe ou contragolpe?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

⁵⁸ BARROS, Edgard Luiz de. **O Brasil de 1945 a 1964.** São Paulo: Contexto, 1990.

⁵⁹ SILVA, Hélio. **O poder militar.** Porto Alegre: L&PM, 1984, p. 311.

⁶⁰ BARROS, Edgard Luiz de. **O Brasil de 1945 a 1964.** São Paulo: Contexto, 1990.

instabilidade política, Jango visava a aprovação popular de seu projeto de Reformas de Base, já elaborado em 1963, e, assim, organizou um grande comício para o dia 13 de março.⁶¹

O comício foi realizado no Rio de Janeiro, na sexta-feira do dia 13 de março de 1964, e, imediatamente após o seu término, políticos da direita e alguns setores da classe média saíram às ruas com o intuito de pedir o *impeachment* do governo de Jango. Com esses protestos, as Forças Armadas já estavam prontas para o golpe militar. No final do mês de março, três incidentes militares foram armados, em Brasília e no Rio de Janeiro. E, no dia 31 de março, as tropas do general Mourão Filho (de Minas Gerais), marcharam em direção ao Rio de Janeiro, e, os poucos setores militares que ainda buscavam defender a legalidade, foram despersuadidos por Jango. Os democratas ficaram perplexos, pois esperavam que houvesse mobilizações para resistir ao golpe. E os esquerdistas também não tiveram artifícios para impedir que a ditadura militar fosse instaurada.⁶²

Diante disso, verifica-se que João Goulart não foi deposto por causa do *impeachment*, pois seus oponentes nem haviam tentado seguir os procedimentos no Congresso para que isso ocorresse. Jango foi deposto por uma ditadura militar. O que ninguém havia imaginado era que aquele dia perduraria por 21 anos. Vinte e um anos de ditadura, de desaparecimentos, de pessoas que foram presas politicamente, de pessoas que foram perseguidas politicamente, de torturas, de mortes. Porém, mesmo assim, alguns ainda se perguntam se o que ocorreu em nosso país foi mesmo um golpe ou uma revolução.

Há, ainda, quem diga que o que ocorreu no Brasil não pode ser denominado “ditadura”. Os argumentos utilizados são no sentido de que o Judiciário não foi paralisado, que houve eleições (apesar de indiretas) e que o Congresso funcionou na maior parte do tempo. No entanto, como já foi possível verificar ao longo do trabalho, “[...] constituições não só são incapazes de evitar a irrupção do autoritarismo como também podem ser abertamente utilizadas por regimes autoritários”.⁶³ Assim, entende-se que houve uma ditadura militar.

“Líderes militares destacados, como o General Ernesto Geisel, referiam-se àquela situação como “regime de exceção”⁶⁴. Exceção a quê? À trajetória democrática, claro. A volta à democracia era por ele chamada de volta à “normalidade institucional””.⁶⁵ A justificativa a esse “regime de exceção” era o perigo a um atentado comunista, “perigo” este que perdurou por 21 anos.

⁶¹ BARROS, Edgard Luiz de. **O Brasil de 1945 a 1964**. São Paulo: Contexto, 1990, p. 160-173.

⁶² BARROS, Edgard Luiz de. **O Brasil de 1945 a 1964**. São Paulo: Contexto, 1990, p. 172-181.

⁶³ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012, p. 18.

⁶⁴ Infelizmente o Estado de Exceção se aprimora e adquire novos contornos e novos meios de estruturação na sociedade moderna, mantendo a roupagem de algumas medidas autoritárias adotadas pelo governo, podendo o Estado de Exceção ocorrer em um Estado Democrático. In: VALIM, Rafael. **Estado de exceção: o conteúdo jurídico do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017.

⁶⁵ COUTO, Ronaldo Costa. **História indiscreta da ditadura e da abertura**. Brasil: 1964 – 1985. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 33.

Inclusive, o movimento militar e civil que tomou o poder em 1964 se autointitulava revolucionário. No Ato Institucional 1 (AI-1), publicado em abril de 1964, seu texto preambular dispunha que: “o que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução”.⁶⁶ Destaca-se, para o presente trabalho, o estrato do preâmbulo que enuncia que o regime militar seria uma revolução para a opinião pública nacional. Como foi visto, a partir da censura e das restrições impostas à imprensa, o governo militar conseguia mascarar a opinião pública (pois muitos jornalistas que discordavam do regime foram torturados ou exilados politicamente⁶⁷).

“A ambivalência que se revela na assinatura do primeiro ato institucional permeia todo o seu texto, estabelecendo tensões entre normalidade e exceção, ruptura e conservação, e, principalmente, plenos poderes e poderes limitados”.⁶⁸ Conforme Giorgio Agamben, o soberano, que decide sobre o estado de exceção, geralmente se ancora na ordem jurídica.⁶⁹ E pode-se verificar, intensamente, as relações entre o governo militar e o poder Judiciário no regime brasileiro.

Com a análise da conjuntura política de como se instaurou o regime militar no Brasil, igualmente de como ocorria a censura e as restrições ao direito à informação, analisar-se-á alguns aspectos da assembleia constituinte de 1987-1988 e a conjuntura para a edição da Lei de Acesso à Informação – Lei 12.527/2011.

O movimento pela Constituinte foi lento e gradual, sendo que a ideia de convocação de uma Assembleia Constituinte se deu em 1971. Esse movimento começou a adquirir maior força, com o apoio da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), da igreja católica, do movimento sindical (que se manifestou oficialmente a favor em uma Conferência Nacional da Classe Trabalhadora, realizada em 1981), inclusive junto ao empresariado. Este movimento pela superação da ordem autoritária, e que deveria, para isso, dispor de uma nova Constituição para o Brasil, iniciou de forma clandestina.⁷⁰

No tocante à convocação da Constituinte, houve um debate se esta convocação deveria ser exclusiva ou congressual. Fábio Comparato foi um ferrenho crítico de que a Constituição de 1988 tenha sido elaborada por um órgão político já existente, o Congresso Nacional. Em suas palavras, “a aprovação de uma Constituição é o primeiro e principal atri-

⁶⁶ BRASIL. **Ato Institucional nº 1**, de 9 de abril de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AIT/ait-01-64.htm>.

⁶⁷ Para se aprofundar mais acerca do tema, o jornalista Flávio Tavares, que foi preso, torturado e exilado politicamente à época do regime militar brasileiro, faz relatos do que vivenciou neste período. In: TAVARES, Flávio. **Memórias do esquecimento**: os segredos dos porões da ditadura. Porto Alegre: L&PM, 1999.

⁶⁸ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira**: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012, p. 56.

⁶⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 56.

⁷⁰ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira**: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012, p. 157-186.

buto da soberania. Mas o povo brasileiro não foi chamado a dizer se aceitava o documento composto em seu nome e por sua conta”.⁷¹ A Constituinte teve como principais atores políticos os deputados e senadores, havendo algumas trocas com a sociedade civil organizada, com a participação popular mais intensa em meados de 1987 e 1988.⁷²

A Constituinte contou com algumas dificuldades, além da baixa participação pública direta (também atrelada ao fato de que há mais de duas décadas a sociedade não possuía diálogo com o aparelho estatal). O contexto político e econômico que precedeu a instauração da Assembleia Constituinte sugeria algumas perspectivas contraditórias e tensão nas relações entre os poderes instituídos e o poder constituinte.⁷³

A Constituição de 1988, após um longo período de regime militar, preocupou-se em estabelecer um amplo rol de direitos fundamentais sociais e individuais, e, dentre esses direitos, há a previsão do direito à informação em diversos dispositivos – e este direito delineado em uma perspectiva sociodemocrática, ou seja, tutelando o direito de acesso à informação em suas facetas individual e social/coletiva.⁷⁴

No entanto, como foi evidenciado no ponto anterior, até a legislação 11.111/2005 ainda se mantinha o sigilo de diversos documentos, com o fundamento de que eram imprescindíveis à segurança nacional (com prorrogações de prazos, tornando o documento eternamente inacessível). Com a edição da lei 12.527/2011, há uma maior abertura e transparência por parte do poder público⁷⁵, e, ainda que até os dias atuais hajam documentos

⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Fábio Konder Comparato sugere a revisão geral da Constituição precedida de plebiscito**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/noticias/fabio-konder-comparato-sugere-a-revisao-geral-da-constituicao-precedida-de-plebiscito>>.

⁷² Inclusive, este certo distanciamento da Constituinte com a sociedade, em não ter ocorrido participação popular direta, em não ouvir a fonte originária do poder, reflete na crítica tecida por Roberto Gargarella, de que as constituições latino-americanas mantiveram as “salas de máquinas da Constituição”; isto é, as estruturas de poder permaneceram. “Agindo dessa maneira, reformistas legais mantêm fechadas as portas da “sala de máquinas” da Constituição: o núcleo da maquinaria democrática não é modificado. A máquina da Constituição não se transforma no objeto de atenção principal dos reformadores”. In: GARGARELLA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. *Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição*. **Revista Universitas Jus**, Brasília, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016, p. 38.

⁷³ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012, p. 211-215.

⁷⁴ 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:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. In: BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁷⁵ No entanto, na prática, ainda se encontram entraves à efetivação de uma transparência real/substancial. Escrevi artigo em coautoria com a Denise Friedrich, e, a partir de análise qualitativa realizada em portais da transparência

inacessíveis por determinado período pela questão de segurança do Estado e da sociedade (por exemplo), há a viabilidade de exercício de controle.

Contudo, a liberdade de imprensa e de informação, mesmo que em um período democrático, ainda enfrenta desafios e obstáculos. O principal deles, relativo à censura de canais de comunicação, é quanto à censura prévia pela via judicial.⁷⁶ Isto é, indenizações de valores exorbitantes dirigidas a jornalistas, fazendo com que estes não publiquem a notícia. Outra forma de censura que ocorre é de pedidos de quebra de sigilo de fontes ouvidas em reportagens, deixando de haver o anonimato e fazendo, muitas vezes, com que o jornalista perca sua fonte.⁷⁷

Neste sentido, verifica-se que práticas autoritárias de exercício do poder tomam novas formas, sendo passíveis de ocorrer – e, como visto, que ocorrem – mesmo em um modelo democrático. E este é um dos grandes embates do constitucionalismo: o que fazer para que medidas autoritárias, repressivas e de exceção não coexistam com o Estado Democrático de Direito.

5. Considerações finais

O direito de acesso à informação é uma garantia constitucional fundamental, para que o cidadão, a partir de um acesso plural de informações, possa se posicionar, possa exercer o controle social, possa formar opiniões sem a interferência de outros juízos morais.

À despeito disso, o presente artigo realizou um estudo comparado do direito de acesso à informação no ordenamento jurídico brasileiro, perpassando o regime militar e o Estado Democrático de Direito. Verificou-se que a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) implementou modificações substanciais no fornecimento de informações, principalmente ao estabelecer um rol de possibilidades para que o documento esteja em sigilo e diminuindo os prazos em que o documento estaria indisponível – na Lei 11.111/2005 o prazo para o sigilo de muitos documentos era sempre prorrogado, ficando sempre inacessíveis.

municipais, coletamos alguns resultados que apontam para uma transparência que, em alguns aspectos da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), ainda não alcançam uma transparência substancial. Para mais: JURUENA, Cynthia Gruending; FRIEDRICH, Denise Bittencourt. O cumprimento das informações acerca das licitações e contratos celebrados nos portais da transparência: uma análise qualitativa de municípios do Rio Grande do Sul. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 281-307, out./dez. 2017.

⁷⁶ Em época de eleições, a censura prévia via judicial é ainda mais recorrente. Em apenas dois anos – de agosto de 2014 a agosto de 2016 – foram mais de 2 mil ações judiciais para remover informações da *internet*. Em 2016, ano de eleições, a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (Abraji) havia registrado 50 ações de censura prévia. In: ABRAJI. **Censura prévia dispara nas eleições de 2016**. Disponível em: <http://old.abraji.org.br/home?id=90&id_noticia=3579>.

⁷⁷ Estes temas foram objeto de debate em congresso organizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sendo um dos painéis intitulado “novas e velhas formas de censura”. In: CNJ. **Jornalistas apontam as novas formas de censura à imprensa**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86997-jornalistas-apontam-as-novas-formas-de-censura-a-imprensa>>.

No entanto, práticas autoritárias, muitas vezes camufladas pelo Estado Democrático de Direito, aparecem revestidas e transformadas. Criam-se meios para que a informação fique inacessível à população – por exemplo, a partir de uma linguagem extremamente técnica -, contrariando preceitos da Lei de Acesso à Informação.

Além disso, no que concerne a informação provida por veículos de informação (imprensa, *internet*), estabelecem-se novas formas de censura, como a censura prévia exercida judicialmente, ou a violação do direito ao anonimato da fonte, desestabilizando canais de comunicação.

Conclui-se, dessa forma, que no que se refere ao direito à informação, a partir de uma comparação entre o regime militar e o Estado Democrático de Direito, não houve uma ruptura paradigmática no fornecimento de informações. O opressor/censor modifica a sua faceta e as técnicas utilizadas, mas pode haver – e há - censura e restrições de acesso à informação em um Estado Democrático.

E os constitucionalistas (aqueles que possuem uma percepção crítica do funcionamento da ordem democrática e das estruturas de poder) seguem refletindo e buscando encontrar algumas saídas em um horizonte turvado.

Referências

ABRAJI. **Censura prévia dispara nas eleições de 2016**. Disponível em: <http://old.abraji.org.br/home?id=90&id_noticia=3579>.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

BARROS, Edgard Luiz de. **O Brasil de 1945 a 1964**. São Paulo: Contexto, 1990.

BRASIL. **Ato Institucional nº 1**, de 9 de abril de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AIT/ait-01-64.htm>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto n. 7.724**, de 16 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato20112014/2012/Decreto/D7724.htm>.

BRASIL. **Lei n. 11.111**, de 5 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11111-5-maio-2005-536798-normaAtualizada-pl.html>>.

BRASIL. **Lei n. 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm>.

BUTELER, Alfonso. Regimen federal de acceso a la información pública. **Revista do Direito Unisc**, Santa Cruz do Sul, n. 44, p. 192-219, set./dez., 2014.

CARDUCCI, Michele. Crítica de la comparación constitucional “ad hoc”. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 14, n. 55, p. 13-22, jan./mar., 2014.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O direito à informação e a liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>.

CIDH. **O direito de acesso à informação no Marco Jurídico Interamericano**. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão 2. ed. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones>>. OEA: 2011.

CNJ. **Jornalistas apontam as novas formas de censura à imprensa**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86997-jornalistas-apontam-as-novas-formas-de-censura-a-imprensa>>.

COLEÇÃO OLHO VIVO. Controle Social. Orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/controlesocial/arquivos/controlesocial2012.pdf>>.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fábio Konder Comparato sugere a revisão geral da Constituição precedida de plebiscito**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/noticias/fabio-konder-comparato-sugere-a-revisao-geral-da-constituicao-precedida-de-plebiscito>>.

COUTO, Ronaldo Costa. **História indiscreta da ditadura e da abertura**. Brasil: 1964 – 1985. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.

CRETELLA NETO, José *et al* (Coord.). **Comentários à Lei de Imprensa**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DAHL, Robert A. **Poliarquia**: participação e oposição. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: EDUSP, 1997.

DIMOULIS, Dimitri. Objetivos e métodos do direito comparado e peculiaridades do direito constitucional comparado. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 77-88, maio/ago. 2016.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lei de Segurança Nacional**: uma experiência antidemocrática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

GARGARELLA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição. **Revista Universitas Jus**, Brasília, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016.

GRUMAN, Marcelo. Lei de acesso à informação: notas e um breve exemplo. **Revista Debates**, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 97-108, set./dez., 2012.

JURUENA, Cynthia Gruending; FRIEDRICH, Denise Bittencourt. O cumprimento das informações acerca das licitações e contratos celebrados nos portais da transparência: uma análise qualitativa de municípios do Rio Grande do Sul. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 281-307, out./dez. 2017.

KUSHNIR, Beatriz. **Cães de guarda**: jornalistas e censores, do AI-5 à Constituição de 1988. São Paulo: Boitempo, 2004.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018.

LEGRAND, Pierre. *On the singularity of law*. **Harvard International Law Journal**, vol. 47, n. 2, p. 517-530, summer, 2006.

LIMA, Paulo C. A. **Lei de Segurança Nacional**: crítica-exegese. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1979.

MACHADO, José Antonio Pinheiro. **Opinião x Censura**: momentos da luta de um jornal pela liberdade. Porto Alegre: L&PM, 1978.

MAIA, Maurício. Censura, um processo de ação e reação. In: CARNEIRO, Maria Luiza Tucci (Org.). **Minorias silenciadas**: história da censura no Brasil. São Paulo: EDUSP; Imprensa Oficial do Estado; FAPESP, 2002, p. 469-512.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Um atentado à liberdade**: Lei de segurança nacional. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

NOVINSKY, Anita. Os regimens totalitários e a censura. In: CARNEIRO, Maria Luiza Tucci (Org.). **Minorias silenciadas**: história da censura no Brasil. São Paulo: EDUSP; Imprensa Oficial do Estado; FAPESP, 2002, p. 25-36.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

PEREIRA, Moacir. **Imprensa**: um caminho para a liberdade. Florianópolis: Lunardelli, 1980.

PORTAL ADMINISTRAÇÃO. **Governança, governabilidade e accountability**. Disponível em: <<http://www.portal-administracao.com/2015/04/governanca-governabilidade-accountability.html>>.

REIS, Gustavo Moraes Rego. Depoimentos. In: D'ARAUJO, Maria Celina; SOARES, Gláucio Ary Dillon; CASTRO, Celso (Orgs.). **Os anos de chumbo**: a memória sobre repressão. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de Acesso à Informação (LAI)**: comentários à Lei nº 12.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção direito administrativo positivo; v. 33/ Irene Patrícia Nohara, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores).

SCHULZ, Rosângela Marione. A censura como limite às informações. **Revista Barbarói**, Santa Cruz do Sul, n. 4/5, p. 45-62, jan./dez. 1996.

SILVA, Hélio. **1964**: Golpe ou contragolpe? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

SILVA, Hélio. **O poder militar**. Porto Alegre: L&PM, 1984.

TAVARES, Flávio. **Memórias do esquecimento**: os segredos dos porões da ditadura. Porto Alegre: L&PM, 1999.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção**: o conteúdo jurídico do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017.

ATUAÇÃO DAS CLÍNICAS JURÍDICAS EM LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA INTERNACIONAL: CONTRIBUIÇÕES À DIFUSÃO NORMATIVA E À MOBILIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS INTERAMERICANOS DE DIREITOS HUMANOS

NATALIA MARTINUZZI CASTILHO*

TAYSA SCHIOCCHET**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Origens da litigância estratégica e sua internacionalização: o ativismo jurídico transnacional; 3. A educação jurídica clínica como movimento global e a litigância de alto impacto como metodologia; 4. A expansão das clínicas jurídicas no cenário brasileiro: possíveis relações com o ativismo jurídico transnacional; 5. Considerações finais; Referências.

1. Introdução

O acionamento dos órgãos do sistema interamericano tornou-se uma estratégia de atuação de diversos atores, estatais e não-estatais, para promoção de direitos humanos em âmbito local e internacional. Isso se reflete no relativo aumento de casos do Brasil perante a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como repercute na literatura jurídica nacional sobre litigância estratégica em direitos humanos¹. Nesse cenário, as clínicas

* Doutoranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), em cotutela com a Université Paris Nanterre (Paris X). Professora e coordenadora do Escritório de Direitos Humanos do Centro Universitário Christus (EDH), colaboradora da Clínica Multidisciplinar de Direitos Humanos da UNICAP e da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná (CDH/UFPR), desde 2016. E-mail: natiimc@gmail.com.

** Professora Adjunta da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da UFPR (CDH/UFPR). Doutora em Direito, com período de estudos doutorais na Université Paris I e FLACSO (Argentina). Pós-doutorado em Direito na Universidad Autónoma de Madrid (Espanha). Professora visitante da Université Paris X. E-mail: taysa_sc@hotmail.com.

¹ Em 2017, a Defensoria Pública Geral do Ceará apresentou o seminário “Litigância estratégica e direito de resistência: desafios para a Defensoria Pública e movimentos sociais” com apoio da Artigo 19, Terra de Direitos, ADPEC e Fundação Ford. Em 2018, a Escola Superior da Defensoria Pública da União publicou como tema a litigância estratégica em direitos humanos, no Jornal Fórum da DPU e, em 2019, a Revista Direito e Práxis lançou a edição do Dossiê “Litígio Estratégico e Direitos Humanos”. Ver mais em: ARAÚJO, Ana Valéria et. al. (Ed). **Litigância Estratégica em Direitos Humanos. Experiências e reflexões**. Fundo Brasil de Direitos Humanos. Fundação FORD. São Paulo, 2017, p.44-49. Disponível em <<https://www.fundobrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/12/litigancia-estrategia-1.pdf>> Acesso em 24 ago 2020.

jurídicas emergem como atores sociais relevantes no processo cada vez mais intenso de internacionalização do direito, principalmente do ponto de vista dos direitos humanos.

Apesar de a existência das clínicas jurídicas ser relativamente recente no país, é possível observar algumas tendências predominantes em suas estratégias e metodologias. Na área dos direitos humanos ganham destaque a participação das clínicas em simulações das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos no formato de competições nacionais e internacionais sobre a normativa desses sistemas (*moot courts*), a criação de observatórios para o monitoramento da jurisprudência do sistema interamericano sobre determinados temas, além da atuação em litigância estratégica em cortes nacionais e internacionais. Essas tendências apontam para elementos de um processo mais amplo que envolve a expansão da educação jurídica clínica em escala global, o movimento do direito de interesse público, bem como a utilização da litigância estratégica em âmbito internacional.

Ao analisar o Brasil em uma perspectiva mais ampla, é possível afirmar que o país é dotado de uma diversidade de atores e ampla experiência no campo da advocacia articulada aos interesses mais amplos de mudanças e transformações sociais, a chamada advocacia de interesse público. Esses atores vão de órgãos estatais, como a Defensoria e o Ministério Público, a organizações não-governamentais, entidades ligadas à Igreja e projetos de extensão e assessoria jurídica popular². Por outro lado, o Brasil ainda é um país com baixo índice de atuação junto ao sistema interamericano quando comparado aos demais países da América Latina, por exemplo. Além disso, a baixa aderência dos juizes brasileiros aos parâmetros do sistema interamericano são conhecidos³.

Contudo, o que se verifica diante desse cenário é uma crescente especialização nacional no campo da litigância estratégica internacional. E onde estariam as clínicas nesse cenário?

Embora já existam estudos acerca da dinâmica de mobilização do sistema interamericano pela sociedade civil, as reflexões sobre as relações dessa tendência com o processo de expansão das clínicas jurídicas no país ainda são escassas, até mesmo pelo aspecto temporal do movimento do ensino jurídico clínico brasileiro, que começa a surgir na primeira década do século XXI. Nos valem aqui da pesquisa bibliográfica realizada no âmbito da

² RODRIGUEZ, J. R. (Ed.). **Advocacia de interesse público no Brasil**: a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma Judiciária, 2013, p. 99. Disponível em <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/dialogos-ssobrejustica_advocacia_popular.pdf/> Acesso em 20 jul 2020.

³ Ver mais em: TRINDADE, A. A. C. Desarrollos relativos al acceso a la justicia en el sistema interamericano de derechos humanos. **Revista IIDH**, San José, v. 37, p; 13-86, jan/jun. 2003. MacDOWELL, C. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 7, p. 27-58, 2007. SALDANHA, J. M. L. **Cooperação Jurisdicional**: reenvio prejudicial um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário: perspectivas para sua adoção no Mercosul. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001; CARDOSO, E. **Litígio estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

tese doutoral em andamento⁴ de uma das autoras, em que foi possível identificar na literatura sobre clínicas jurídicas uma riqueza de publicações destinadas a descrever e apresentar os fundamentos teórico-práticos da atuação local das clínicas, em sua grande maioria em formato de estudos de caso ou relatos de experiência⁵. Há publicações que se destinam a analisar as estratégias de atuação e metodologias de trabalho das clínicas de forma mais ampla⁶. Entretanto, as pesquisas destinadas a refletir teoricamente sobre a expansão das clínicas jurídicas no Brasil de forma mais ampla e suas relações com o contexto internacional ainda são raras. Há apenas três pesquisas de maior fôlego publicadas, que apontam nesse sentido, mas sem se deter especificamente sobre a caracterização da atuação em litigância estratégica das clínicas de direitos humanos no Brasil⁷.

É justamente diante dessa lacuna na literatura jurídica nacional que se situa a contribuição teórica do presente artigo ao analisar a implementação de clínicas jurídicas no país no contexto do chamado “ativismo jurídico transnacional”⁸ e do uso de estratégias voltadas

⁴ De autoria de Natalia Martinuzzi Castilho, sob orientação de João Paulo Allain Teixeira e coorientação de Taysa Schiocchet, o projeto de tese intitulado: “Os Sentidos da Inovação no Ensino Jurídico: a expansão das Clínicas Jurídicas no Brasil”, desenvolvido no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), com o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ e em cotutela com a Université Paris X – Nanterre La Defense, sob codireção de Stephanie Hennette-Vauchez.

⁵ Ver: NETO, N. M. da S. et. al (Ed.). **Educação clínica em direitos humanos: experiências da Rede Amazônica de Clínicas de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; NICÁCIO, Camila Silva et. al. (org.). **Clínicas de direitos humanos e ensino jurídico no Brasil: da crítica à prática que renova**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. KOCH, C. de O.; LAPA, F. B. Na rua com direitos: empoderamento da população em situação de rua de Joinville Clínica de Direitos Humanos da Universidade da Região de Joinville – Univille e IDDH - Instituto de Desenvolvimento e Direitos Humanos. In: ARAÚJO, Ana Valéria et. al. (Ed). **Litigância Estratégica em Direitos Humanos. Experiências e reflexões**. Fundo Brasil de Direitos Humanos. Fundação FORD. São Paulo, 2017, p.44-49. Disponível em < <https://www.fundobrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/12/litigancia-estrategia-1.pdf> > Acesso em 24 ago 2020. DIREITO DE SER: ação no STF debate violações contra a população trans. Clínica UERJ Direitos - Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2017. In: ARAÚJO, A. V. et. al. (Ed). **Litigância Estratégica em Direitos Humanos. Experiências e reflexões**. Disponível em < <https://www.fundobrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/12/litigancia-estrategia-1.pdf> > Acesso em 24 ago 2020.

⁶ Nesse sentido: ALEIXO, L. S. P. et. al. 2017. Ferramentas “clínicas” na advocacia estratégica em direitos humanos. In: NICÁCIO, C. S. et. al. (org.). **Clínicas de direitos humanos e o ensino jurídico no Brasil: da crítica à prática que renova**. Belo Horizonte: Arraes Editores, p. 35-52. NICÁCIO, C. S.; A. L. S. P. Extensão universitária e ensino clínico: produção e reprodução do direito sob um novo prisma. In: SCHIOCCHE, T. FELIX, L. P. M.; TEREZO, C. F. R. (Coord). **Clínicas Jurídicas no Brasil: metodologias da educação clínica no ensino superior**. Rio de Janeiro: Multifoco, no prelo.

⁷ LAPA, F. B. **Clínica de direitos humanos: uma proposta metodológica para a educação jurídica no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. FORTES, D. M. de A. **Clínicas jurídicas: por um novo modelo de ensino do direito no Brasil**. 2018. 127f. (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo (SP), 2018. FERREIRA, L. P. **Clínica de Direitos Humanos no Ensino Jurídico Brasileiro: articulação com as relações sociais por meio da litigância estratégica**. 2019. 155f. (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói (RJ), 2019.

⁸ O ativismo jurídico transnacional pode ser visto como uma tentativa não simplesmente de remediar abusos individuais, mas também de (re)politicizar ou (re)legalizar a política de direitos humanos ao provocar as cortes internacionais ou sistemas quase judiciais de direitos humanos e levá-los a agirem diante das arenas jurídicas e

à mobilização de órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial o sistema interamericano. Partimos do seguinte questionamento: a expansão das clínicas jurídicas poderia contribuir para a difusão da normativa internacional e sua mobilização pelos profissionais do direito (defensores de direitos humanos, juízes e tribunais brasileiros)?

Diante disso, o objetivo dessa pesquisa consiste em analisar em que medida as clínicas jurídicas poderiam contribuir para a difusão da normativa e mobilização dos órgãos interamericanos de direitos humanos, ao proporcionar experiências universitárias que possibilitem a interação de estudantes com temas e práticas do universo da advocacia de interesse público e da litigância estratégica internacional?

Quanto ao percurso metodológico, realizamos uma pesquisa de natureza qualitativa, com recurso a técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Os referenciais teóricos da pesquisa foram distribuídos na literatura sobre ativismo jurídico e litigância estratégica no sistema interamericano, movimento global de expansão das clínicas jurídicas e sua expressividade no contexto brasileiro.

Essa reflexão divide-se em três momentos. Estabelecemos primeiramente qual a relação entre litigância estratégica e o conceito de ativismo jurídico transnacional, que ganha importância cada vez maior para os organismos de defesa de direitos humanos. Em seguida, apresentamos como o fenômeno de surgimento e propagação das clínicas jurídicas, especialmente na América Latina, está relacionado à expansão da litigância de alto impacto como estratégia de atuação. Por fim, analisamos como a experiência brasileira de educação jurídica clínica se relaciona com esse contexto e como ela pode interagir com atores não estatais que, no Brasil, possuem ampla experiência nesse campo.

2. Origens da litigância estratégica e sua internacionalização: o ativismo jurídico transnacional

O acionamento dos sistemas jurídicos no âmbito de grandes questões de natureza social e política, em âmbito local, encontrou nos sistemas internacionais de proteção

políticas nacionais e locais. As estratégias do ativismo jurídico transnacional estão situadas histórica e politicamente. [...] eu preferi utilizar o termo “ativismo jurídico transnacional” para enfatizar a dimensão *transnacional* das alianças e redes formadas por ONGs, atores do movimento social e organizações de base engajadas no ativismo em prol dos direitos humanos. A expressão “ativismo jurídico” também destaca os atores sociais como *ativistas* e enfatiza um *movimento* que inclui uma diversidade de lutas jurídicas, sociais e políticas. Além disso, nem todas as formas de ativismo jurídico transnacional desafiam diretamente a globalização neoliberal, o que não significa que este tipo de ativismo não procure promover mudanças sociais, jurídicas e políticas. Igualmente aos interesses daqueles envolvidos em lutas em prol dos direitos humanos, as estratégias e objetivos do ativismo jurídico transnacional de direitos humanos são diversos, ligados a vários movimentos sociais, que vão desde lutas de classe até batalhas contra o sexismo, racismo, repressão política, imperialismo e assim por diante.”. MacDOWELL, C. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 7, p. 27-58, 2007, p. 32.

de direitos humanos a possibilidade mobilizar novos mecanismos de pressão dos Estados nacionais, a partir da busca pela efetividade de um conjunto de normativas voltadas à universalização dos direitos humanos, em todas as suas dimensões. Esse processo, nomeado por Cecília Macdowell Santos de “ativismo jurídico transnacional”, relaciona-se ao que Boaventura de Souza Santos intitula por “política e legalidade subalterna cosmopolita”, ao sustentar que os atores sociais, sob o risco de “jogar fora o bebê junto com a água do banho”, não podem se furtar de utilizar todos os meios não-violentos acessíveis para enfrentar a modernidade capitalista, incluindo-se aqueles inventados por essa própria modernidade para trair suas promessas de liberdade, igualdade e não-discriminação⁹. O crescimento da quantidade, e diversidade, de atores sociais em torno de pautas relacionadas à defesa dos direitos humanos, especialmente das organizações não-governamentais, portanto, elevou as estratégias de litigância temática à nível internacional.

Na definição do conceito de litigância estratégica, aproximamo-nos das análises que o situam política e juridicamente. Esse duplo aspecto reside no vocábulo “estratégico” e representa, de forma mais ampla, os múltiplos impactos possíveis desse tipo de atuação. A expressão derivaria do chamado *public interest law*, ou “direito de interesse público”, fenômeno que, longe de possuir uma definição única e universal, pode ser compreendido a partir das várias camadas de significados que reúne¹⁰. É importante destacar que as expressões *nuevos servicios legales*, *advocacia popular* e *asesoria jurídica popular*¹¹, conforme analisaremos também no próximo tópico, transitam nesse espaço e guardam muitos pontos de contato com o que identificamos no conceito de “advocacia de interesse público”. Embora relacionado ao legado de lutas político-jurídicas situadas no contexto norte-americano, nos apropriamos aqui desse conceito porque ele permite uma compreensão mais alargada das possibilidades de mobilização local e internacional do direito.

O termo “direito de interesse público” surge nos Estados Unidos, entre os anos 60 e 70, utilizado pelos próprios advogados com a finalidade de diferenciar sua prática das tendências predominantes no mercado profissional, marcadas pela preferência dos advogados

⁹ SANTOS, B. de S. A crítica da governação neoliberal: O Fórum Social Mundial como política e legalidade cosmopolita subalterna. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 72, p. 7-44, out.. 2005, p. 36. Disponível em <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/governacao_neoliberal_RCCS72.PDF> Acesso em 20 ago 2020.

¹⁰ REKOSH, E. Who defines public interest? Public Interest Law Strategies in Central and Eastern Europe. *SUR International Journal on Human Rights*, year 2, n. 2, p. 166-179, 2005, p. 167.

¹¹ Ver em: ROJAS, Fernando. Comparación entre los tendencias de los servicios legales em Norteamérica, Europa e América Latina. Primeira Parte. *El otro derecho*. ILSA, Bogotá D.C., Colombia, n. 1, ago. 1988. JUNQUEIRA, E. Los Abogados Populares: em busca de una identidad. *El Otro Derecho*, ILSA, Bogotá D.C., Colombia, n. 26-27, p. 193-227, abril, 2002. Disponível em <<https://colectivoemancipaciones.files.wordpress.com/2018/01/botelho-junqueira-ileana-los-abogados-populares-en-busca-de-una-identidad.pdf>> Acesso em 16 ago 2020. LUZ, Vladimir. *Assessoria Jurídica Popular no Brasil: Paradigmas, Formação Histórica e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

pela atuação em grandes corporações empresariais¹². Foram anos de acentuado acirramento das lutas sociais no país e emergência de movimentos populares e demais organizações comprometidas com bandeiras fundamentais à democratização dos direitos humanos, em especial no campo da afirmação dos direitos civis e políticos dos negros. A criação de um programa federal de prestação de serviços de assistência jurídica aos mais pobres, na década de 70 e o lançamento de inúmeras iniciativas da Fundação Ford voltadas à promoção do direito de interesse público¹³ amplificaram as condições para que esse fenômeno alcançasse projeção nacional e internacional.

A expressão não faz referência a um conjunto de normas, princípios e entendimentos que caracterizam um ramo do direito, como o direito empresarial, civil ou penal, por exemplo. Trata-se de um conceito que, em sua origem, define a tentativa de se contrabalançar a influência e o poder dos interesses econômicos no sistema jurídico norte-americano, nos diversos campos de atuação em que isso é possível: proteção ambiental, direitos do consumidor, direitos civis e políticos, entre outros¹⁴. Assim, a advocacia de interesse público refere-se muito mais o “para quem” se advoga frente ao “que”, ou seja, ao objeto do litígio¹⁵. Quanto ao “como” se advoga, podemos afirmar que o direito de interesse público também introduziu dinâmicas interessantes e inovadoras, principalmente no que tange ao objetivo de gerar mudanças sociais, portanto relevantes para a coletividade, a partir da mobilização do Judiciário. Nesse sentido, além de desenvolver as formas usuais de acesso à justiça, a partir da interposição de demandas individuais para pessoas desprovidas dos meios financeiros para tanto, a advocacia de interesse público ampliou e dinamizou estratégias de atuação jurídica, a partir das relações estabelecidas com movimentos e organizações da sociedade civil, como foi o caso do movimento de luta pelos direitos civis e políticos da população negra nos Estados Unidos¹⁶.

¹² REKOSH, E. Who defines public interest? Public Interest Law Strategies in Central and Eastern Europe. **SUR International Journal on Human Rights**, year 2, n. 2, p. 166-179, 2005, p. 168.

¹³ CUMMINGS, S. L. The future of public interest law. **UALR Law Review**, v. 33, 2011, p.1.

¹⁴ REKOSH, E. Who defines public interest? Public Interest Law Strategies in Central and Eastern Europe. **SUR International Journal on Human Rights**, year 2, n. 2, p. 166-179, 2005, p. 166.

¹⁵ Id., *Ibid*.

¹⁶ Cita-se, especialmente, a NAACP's [National Association for the Advancement of Colored People] e suas estratégias em frentes jurídicas e legislativas a partir da criação de um Fundo de Defesa Jurídica, destinado a custear não somente a defesa técnica de pessoas negras vítimas de segregação, mas também a elaboração de estratégias no combate à segregação racial no sistema jurídico e político como um todo. Ver em: CARTER, R. L., The NAACP's Legal Strategy Against Segregated Education, **Michigan Law Review**, v. 86, 1988. Disponível em < <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol86/iss6/3> > Acesso em 20 ago 2020. As duas estratégias são intituladas de *client e policy-oriented* pelos autores e instituições do campo. Em pesquisa acerca da litigância estratégica dos atores não estatais junto ao sistema interamericano de direitos humanos, Cardoso aponta que último formato de advocacia acabou sendo mais determinante para a construção da prática da litigância estratégica, por se tratar de uma “[...] advocacia temática, voltada a mudanças sociais em determinadas áreas: discriminação racial, meio ambiente, mulheres, etc. Diante da escassez de recursos, é feito um raciocínio de custo-benefício para a seleção dos casos paradigmáticos, que gerem o máximo de impacto dentro dos objetivos traçados pela entidade e beneficie uma coletividade ampla⁵²”. CARDOSO, E. L. C, op. cit., p. 43-44.

No contexto brasileiro, o surgimento de novos movimentos sociais, a ampliação normativa de direitos e garantias fundamentais e as novas formas de legitimação processual coletiva foram fatores que possibilitaram o aparecimento de serviços jurídicos inovadores, favorecendo a abertura de canais de atuação de entidades especificamente voltadas para a atuação jurídica popular¹⁷.

Denomina-se *issue* ou *policy-oriented* esse tipo de atuação voltada a promover mudanças em determinadas áreas, o que demanda um trabalho prévio de escolha de um caso exemplar, de acordo com a sua capacidade de impacto no tema trabalho pela organização social ou movimento. Essa frente de trabalho envolve o desenvolvimento de ações transversais, capazes de potencializar o alcance de determinada pauta, que poderá ou não ser objeto de uma ação judicial. Nesse sentido, a advocacia temática pode envolver a produção de dados, a partir de pesquisas empíricas ou de jurisprudência; a construção de campanhas midiáticas, capazes de conferir visibilidade e alimentar o debate público sobre determinada pauta; a mobilização de entes públicos ou privados para o tema, no sentido de se influenciar tomadas de decisão (*advocacy*); a criação de Fóruns, Seminários e demais espaços para debate e articulação de atores em torno da questão; a coleta e sistematização, publicização e monitoramento de informações sobre a temática, entre outros métodos.

A litigância estratégica desenvolveu-se a partir dessa frente temática e pode, ou não, agregar várias das ações descritas acima em torno da questão debatida em um processo judicial. A litigância estratégica denomina, portanto, um caso paradigmático (individual ou coletivo) a partir do qual se transcende a mera resolução do caso¹⁸, ou seja, o conteúdo da decisão judicial em si e suas consequências para as partes. São causas a partir das quais se provoca discussões mais amplas, capazes de formar precedentes, gerar mudanças legislativas ou ainda de políticas públicas¹⁹. Esse tipo de atuação pode, ainda, elevar a publicidade da questão envolvida, geralmente de um modo menos custoso do que o uso de campanhas publicitárias, no caso de tribunais e cortes internacionais, criar pressão política externa em torno de determinada demanda, testar e esclarecer o conteúdo de leis existentes, além de exigir *accountability* governamental, estabelecendo parâmetros dentro dos quais os governos devem operar²⁰.

Observamos que, na América Latina, de maneira geral, esse tipo de atuação gerou impactos sociais e jurídicos extremamente relevantes. Os estudos pioneiros de Keck e Sik-

¹⁷ LUZ, V., op., cit., p. 126.

¹⁸ MACHADO, E. **Webinar – Advocacy como estratégia de atuação em direitos humanos**. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=70MVyWV9EmQ> >, Acesso em 23 set 2020.

¹⁹ CARDOSO, E. L. C., op., cit., p. 41.

²⁰ ERRC, INTERRIGHTS, MPG, **Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe**: from Principles to Practice. European Roma Rights Center – ERRC, Interights, Migration Policy Group – MPG, 2004. A Manual on the Theory and Practice of Strategic Litigation with Particular Reference to the EC Race Directive, p. 43.

kink demonstram como a emergência de *transnational advocacy networks*²¹ contribuíram para instigar e sustentar as mudanças ocorridas no sistema jurídico e político da Argentina e do México, entre 1968 e 1993. De acordo com as autoras, as redes, formadas por organismos internacionais em torno dos direitos humanos, encontraram um contexto de mobilização já existente nesses países, em especial no que concerne às lutas pela abolição da escravidão e pelo sufrágio feminino, e as campanhas transnacionais espalharam-se por múltiplas outras áreas, mas especialmente nos campos dos direitos humanos, meio ambiente e direitos das mulheres²².

Salientamos que, apesar de a litigância estratégica estar situada localmente, atrelada às condições sociais, culturais e políticas de cada país, sua utilização em escala mundial relaciona-se com a globalização do ativismo político e as novas relações estabelecidas pelos atores sociais, entre si e com os Estados, no acionamento dos sistemas internacionais de aplicação e interpretação do direito. A intensidade dessa transnacionalização pode ser observada, inclusive, na análise acerca de como o *know-how* acerca do funcionamento dos sistemas internacionais e sobre qual estratégia desenvolver expandiu-se para além das ONG's norte-americanas²³.

O percurso histórico descrito acima nos auxilia a entender as linhas que conformam a expansão das clínicas jurídicas na América Latina e, posteriormente, no Brasil, ainda que

²¹ Conforme as autoras, as “redes transnacionais multiplicam as vozes que são ouvidas nas políticas internacionais e domésticas. Essas vozes argumentam, persuadem, criam estratégias, documentam, realizam lobby, pressionam e reclamam. A multiplicação de vozes é imperfeita e seletiva – para cada voz que é amplificada, muitas outras são ignoradas – no entanto, em um mundo onde as vozes dos Estados têm predominado, as redes abrem canais para que visões e informações alternativas sejam trazidas ao debate internacional.”. Traduzido do original: ““Transnational networks multiply the voices that are heard in international and domestic policies. These voices argue, persuade, strategize, document, lobby, pressure, and complain. The multiplication of voices is imperfect and selective—for every voice that is amplified, many others are ignored—but in a world where the voices of states have predominated, networks open channels for bringing alternative visions and information into international debate.” In: KECK, M., SIKKINK, K. **Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics**. Ithaca and London: Cornell University Press, 1998. E-book Kindle.

²² “(...) o ativismo internacional em torno dos direitos humanos encontra ecos históricos em reivindicações do passado, como aquelas pela abolição da escravidão e pelo sufrágio feminino, e preveem campanhas transnacionais em uma multiplicidade de outras áreas. Analisamos esses precursores históricos das redes modernas, e assim traçamos a emergência, evolução e efetividade das atuais redes transnacionais de advocacy em três áreas temáticas centrais: direitos humanos, meio ambiente e direitos das mulheres. Cerca de metade do conjunto das organizações internacionais não-governamentais de mudanças sociais trabalham nesses três temas.”. Traduzido do original: “(...) that the emergence of transnational advocacy networks helped instigate and sustain the change between 1968 and 1993. International activism around human rights finds historical echoes in past campaigns like those for the abolition of slavery and for woman suffrage, and foreshadows transnational campaigns in a multiplicity of other areas. We discuss these historical precursors to the modern networks, and then trace the emergence, evolution, and effectiveness of current transnational advocacy networks in three central issue areas: human rights, the environment, and women’s rights. Approximately half of all international nongovernmental social change organizations work on these three issues.”. Id., Ibid.

²³ O apoio da Fundação FORD e da ONG Human Rights Watch/Americas, bem como de ONG's internacionais como a International Human Rights Law Group e Lawyers Committee for Human Rights, foi fundamental para tanto. Ver em: CARDOSO, E. L. C., op., cit., p. 25-26.

nem todas as clínicas jurídicas desenvolvam a litigância estratégica em sua atuação. Em que pese a especificidade norte-americana do chamado movimento do direito de interesse público, é possível identificar muitos elementos que aproximam esse fenômeno da propagação da litigância estratégica entre as clínicas jurídicas, inclusive fora dos Estados Unidos. As clínicas são atores sociais que podem se utilizar da litigância estratégica, dentre outras metodologias, no intuito de promover justiça social, ao lado de uma abordagem prática, na formação dos estudantes de direito. Conforme abordaremos no próximo tópico, sua expansão em escala global, no que se intitula *global clinical movement*²⁴, contribuiu para o alcance e o impacto – social, jurídico e político – do chamado ativismo jurídico transnacional.

3. A educação jurídica clínica como movimento global e a litigância de alto impacto como metodologia

Os sistemas jurídicos e as profissões jurídicas vêm se modificando drasticamente e transformando sua atuação, cada vez mais, para além das fronteiras nacionais. Esse fenômeno vem provocando mudanças, também, na formação jurídica, por meio da reflexão acerca de como se ensinar o direito para além do dogmatismo e do formato enciclopédico, historicamente predominantes nas faculdades de direito²⁵. O movimento da educação jurídica clínica apresenta-se atualmente como fenômeno que, em escala mundial, sintetiza esses anseios de transformação, com base em dois aspectos fundamentais: a aproximação entre teoria e prática a partir de metodologias experienciais²⁶, ou participativas, e o desenvolvimento dos pressupostos éticos, humanísticos e sociais presentes na formação jurídica. Ou seja, a educação jurídica clínica desenvolve-se, em dois eixos. O pedagógico, no intuito de que os estudantes sejam capazes de conhecer não apenas o Direito, mas possam ser capazes de desenvolver competências e atitudes necessárias para a prática profissional, integrando conhecimentos, habilidades e valores. E o social, pois se dirige a um enfoque de justiça social e de acesso à justiça.

Há uma ampla e robusta literatura acerca do histórico das clínicas jurídicas e de sua expansão a nível global. Apresentaremos uma síntese do estado da arte da matéria para nossa proposta de diálogo entre o movimento clínico e a litigância estratégica internacional em direitos humanos no Brasil e na América Latina.

²⁴ BLOCH, F (ed.). **The global clinical movement: educating lawyers for social justice**. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2011, p. 5.

²⁵ ALLEMANO, A., KHADAR, L. **Reinventing Clinical Legal Education**. How Clinical Education is reforming the teaching and practicing of Law in Europe. Cambridge University Press, 2018. E-book Kindle.

²⁶ BONILLA MALDONADO, D. E. The political economy of legal knowledge. **Constitutionalism in the Americas**. Studies in Comparative Law and Legal Culture series. CRAWFORD, C. et. al. (org.), 2018, p. 31.

A emergência das clínicas jurídicas ao redor do mundo alcança maior expressividade a partir da segunda metade do século XX, após a 2ª Guerra Mundial²⁷. A cooperação internacional exerceu um papel central para o desenvolvimento de estratégias capazes de reconstruir os sistemas jurídicos dos países afetados pelo pós-guerra e, anos depois, pelo fim da Guerra Fria, no intuito de tornar os sistemas dos países afetados o mais próximo possível do modelo norte-americano²⁸. O renovado interesse das grandes nações comerciais e das agências de cooperação internacional em uma harmonização legal global envolveu uma preocupação direta com a litigância de alto impacto e contribuiu para a expansão, tanto da advocacia de interesse público, quanto das clínicas jurídicas²⁹.

As primeiras clínicas surgem nas faculdades norte-americanas no início do século XX³⁰. Sua implementação efetiva se deu a partir dos anos 30, com o trabalho dos juristas Jerome Frank e demais idealizadores do chamado “realismo jurídico”. Na defesa do abandono de um estudo enciclopédico do direito nas cátedras universitárias, Frank e os demais realistas apresentavam as vantagens de se aproximar o ensino jurídico de seus aspectos práticos e objetivos concretos. O estabelecimento das clínicas está intimamente conectado ao desejo de ruptura com o sistema pedagógico predominante até então. A real populariza-

²⁷ AUREY, X. Les origines du Mouvement Clinique. In : Les cliniques juridiques, Xavier Aurey (dir.), Presses universitaires de Caen, 2015. p. 6-12. JAMIN, C. **La Cuisine du Droit**. L'École de Droit de Sciences Po : une expérimentation française. LGDJ Lextenso Editions, 2012, p. 100. BLOCH, F (ed.). **The global clinical movement: educating lawyers for social justice**. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2011, p. 5.

²⁸ STEGE, U. Le développement du mouvement clinique en Europe. In : **Les cliniques juridiques**, Xavier Aurey (dir.), Presses universitaires de Caen, 2015. p. 49-60. WILSON, R. J. Western Europe: the Last Holdout in the Worldwide Acceptance of Clinical Legal Education, **German Law Journal**, v. 10, n. 7, 2009, p. 823-846. Disponível em <<https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1143&context=clpe>> Acesso em 14 ago 2020.

²⁹ COOPER, J. Competing Legal Cultures and Legal Reform: The Battle of Chile. **Michigan Journal of International Law Michigan Journal of International Law**, v. 29, 2008, p. 501. Disponível em <<https://repository.law.umich.edu/mjil/vol29/iss3/2>> Acesso em 25 ago 2020.

³⁰ “O conceito de clínica jurídica nasceu no início do século XX, a partir do trabalho de dois universitários, professores de direito: o russo Alexander I. Lyublinsky, em 1901 e o americano William Rowe, em um artigo de 1917. Publicadas nas revistas universitárias, suas contribuições apresentavam grandes semelhanças, cada uma apontando as insuficiências do método acadêmico tradicional na formação dos estudantes. A clínica jurídica foi apresentada como um meio de remediar essas dificuldades, tomando o modelo das formações universitárias médicas, que já exigiam a associação dos estudantes às equipes médicas. (...) as clínicas jurídicas foram apresentadas como um novo tipo de ensino, suscetível de oferecer aos estudantes na cátedra de sua formação universitária uma aproximação prática e uma experiência concreta da realidade das profissões jurídicas.” Traduzido do original: “Le concept de clinique juridique est né au début du XXe siècle, sous la plume de deux universitaires, professeurs de droit : le russe Alexander I. Lyublinsky, en 1901 et l'américain William Rowe dans un article de 1917. Publiées dans des revues universitaires, leurs contributions présentaient de grandes similitudes, chacune des deux pointant les insuffisances de la méthode académique traditionnelle dans la formation des étudiants. La clinique juridique y était présentée comme un moyen de remédier à ces difficultés, en prenant modèle sur les formations universitaires médicales, qui exigeaient déjà l'association des étudiants à des équipes médicales. (...) les cliniques juridiques étaient présentées comme un nouveau type d'enseignement, susceptible d'offrir aux étudiants dans le cadre de leur formation universitaire une approche pratique et une expérience concrète de la réalité des professions juridiques. ». HENNETTE-VAUCHEZ, S, ROMAN, D. Pour un enseignement clinique du droit, **Les petites affiches**, Paris, n. 218-219, nov. 2006, p. 5-6.

ção das clínicas nos EUA ocorre nos anos sessenta, com a emergência do movimento de luta por direitos civis e demais direitos de grupos social e economicamente vulneráveis³¹, que coincide com o processo de ampliação das formas de acesso à justiça e com o início do movimento do direito de interesse público.

A nacionalização dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na década de 70, confluíu com a formação, nas faculdades de direito das instituições de ensino superior, de centros responsáveis por ofertar serviços legais gratuitos à população, as chamadas clínicas jurídicas³². A articulação entre universidades e organizações da sociedade civil, por meio das clínicas jurídicas, fez com que esse modelo alcançasse, inclusive, projeção no contexto latino-americano, tendo em vista que grande parte dos projetos financiados pela Fundação Ford na resultou na expansão das clínicas nas instituições de ensino de vários países da América Latina³³. Essas iniciativas encontraram um terreno fértil para esse tipo de atuação, como se denota a partir do histórico dos serviços legais alternativos nos países do continente³⁴.

Segundo Beatriz Toro, o funcionamento das clínicas na América Latina cresce na década de 80, conectando-se ao cenário de enfrentamento às ditaduras e violações sistemáticas de direitos humanos e se expande na década de 1990, com clínicas e redes latino-

³¹ GIDDINGS, J.; BURRIDGE, G.; GAVIGAN, S. A. M. The first wave of modern clinical legal education: the United States, Britain, Canada and Australia. In: BLOCH, F (ed.). **The global clinical movement: educating lawyers for social justice**. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2011, p. 5.

³² REKOSH, E, op., cit., p. 170.

³³ Conforme destaca Evorah Cardoso, ao analisar a produção de diversos autores, em especial Felipe González, que traçam essa retrospectiva. Ver em: CARDOSO, E, op., cit., p. 46; GONZALEZ, F. (Org.) **Litigio y políticas públicas em derechos humanos**. Santiago: Facultad de Derech de la Universidad Diego Portales, 2002. Esse processo coincide com o impulso do chamado “Movimento pelo Direito ao Desenvolvimento”, nos anos 60, financiado com o apoio econômico da Fundação Ford. Ver em: TORO, B. L. **Los Cambios Que Requieren Las Clínicas Jurídicas Iberoamericanas**. estudio de caso en seis países de la región. D. R. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 146, 2016, p. 123.

³⁴ Os chamados *servicios legales alternativos*, serviços legais alternativos ou, ainda, inovadores, surgem em diversos países latino-americanos em 1975. Trata-se de grupos de advogados que trabalhavam principalmente com organizações sindicais, grupos de mulheres, vítimas de direitos humanos, camponeses e indígenas. Em países cuja ordem jurídica vigente sustentava ditaduras civis-militares, no auge dos anos 70 e 80, a atuação desses grupos foi imprescindível para o processo de construção democrática que se seguiu. A primeira grande pesquisa sobre os “novos serviços legais latino-americanos” data do fim dos anos 80 e foi produzida pelo instituto ILSA - Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un derecho Alternativos. A pesquisa, intitulada “Comparación entre los tendencias de los servicios legales en Norteamérica, Europa e América Latina” realizou-se entre 1983 e 1986 e registrou, em cada país, o maior número possível de serviços prestados a pessoas de escassos recursos, a partir de entrevistas estruturadas e estudos de caso. ROJAS, Fernando. Comparación entre los tendencias de los servicios legales en Norteamérica, Europa e América Latina. Primeira Parte. **El otro derecho**. ILSA, Bogotá D.C., Colombia, n. 1, ago. 1988. Indicamos também a pesquisa de Eliane Junqueira acerca da advocacia popular: JUNQUEIRA, E. Los Abogados Populares: em busca de una identidad. **El Otro Derecho**, ILSA, Bogotá D.C., Colombia, n. 26-27, p. 193-227, abril, 2002. Disponível em < <https://colectivoemancipaciones.files.wordpress.com/2018/01/botelho-junqueira-ileana-los-abogados-populares-en-busca-de-una-identidad.pdf> > Acesso em 16 ago 2020.

-americanas de interesse público³⁵. Tais tendências não se expressam de forma homogênea nos países da América Latina, no entanto é possível identificar algumas similaridades interessantes. Daniel Bonilla Maldonado, sobre a realidade colombiana, distingue as “Clínicas de Acceso a la Justicia” (CAJ), que corresponderiam, em nossa visão, aos Núcleos de Prática Jurídica brasileiros e as “Clínicas Cambio Social Estructural” (CCSE), correspondentes às clínicas de direitos humanos brasileiras. Nessas últimas, a primeira estratégia mais comum, conforme o autor, é o uso da litigância de alto impacto, com o qual se busca uma transformação macro social através da apresentação de um caso (ou conjunto de casos) na esfera judicial³⁶.

As clínicas jurídicas, juntamente com as organizações não-governamentais e centros de advocacia *pro bono*, com enfoque *policy oriented*, são hoje os principais atores sociais que mobilizam esse tipo de ativismo jurídico transnacional, especialmente a partir da litigância estratégica ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos³⁷. A incidência jurídica, política, legislativa e social que desempenham esses atores exige um alto nível de profissionalização, capacidade de organização e articulação que certamente pode ser identificado nas clínicas das universidades dos Estados Unidos e de parte da América Latina. Essas clínicas encontram-se consolidadas institucionalmente e contam com dedicação exclusiva dos estudantes por um período mínimo de seis meses a um ano. As metodologias de trabalho são variadas e vão desde a interposição e acompanhamento da litigância de alto impacto junto ao sistema interamericano e ao sistema ONU, *advocacy* junto ao Poder Público e a atores da sociedade civil e organização de campanhas de educação em direitos à produção de relatórios de pesquisa e monitoramento de políticas públicas.

No Brasil, a institucionalização das clínicas jurídicas vem se dando de formas distintas e seguindo modelos diversificados de atuação. Ora como projetos de extensão, grupos de pesquisa, atividades inseridas nos Núcleos de Prática Jurídica e até sob a forma de grupos de estudos. No entanto, é possível evidenciar um certo padrão no que tange ao caráter e à concepção das atividades desenvolvidas, que se aproximam da metodologia utilizada na advocacia de interesse público.

³⁵ Conforme a autora, existem ainda duas gerações de clínicas de direitos humanos; a primeira se inicia nos anos 2000 e se desenvolve em países como México, Bolívia e Equador e desenvolve estratégias de litígio estratégico junto a organismos internacionais. A partir de 2010, inaugura-se um novo marco de atuação das clínicas, que respondem a exigências de mudanças metodológicas na educação jurídica, dando resposta a necessidades temáticas. TORO, B. L. **Los Cambios Que Requieren Las Clínicas Jurídicas Iberoamericanas**. Estudio de caso en seis países de la región. D. R. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n. 146, 2016, p. 124.

³⁶ BONILLA MALDONADO, D. E. El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica. **Derecho y pueblo Mapuche**. Aportes para la discusión. Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, pp. 259-302, 2013.

³⁷ CARDOSO, E, op., cit., p. 54.

4. A expansão das clínicas jurídicas no cenário brasileiro: possíveis relações com o ativismo jurídico transnacional

As primeiras clínicas brasileiras surgem em 2009³⁸ e voltam-se, em sua maioria, à temática dos direitos humanos e direito internacional. Atualmente, são cerca de 47 clínicas jurídicas nas faculdades de direito do país³⁹. A primeira rede de clínicas jurídicas oficialmente constituída é formada somente por clínicas de direitos humanos, a Rede Amazônica de Clínicas de Direitos Humanos⁴⁰. A criação da Rede data de 2011 e sua paulatina expansão, com o surgimento de novas clínicas, também resulta do apoio e fomento, nacional e internacional, advindo nos anos posteriores. No âmbito do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ) para o triênio 2013-2015, tem-se o projeto “Educação clínica em direitos humanos: construindo atitudes, competências e habilidades com práticas jurídicas diferenciadas”⁴¹. A Fundação Ford, em conjunto com a Fundação São Paulo, também impulsionou pesquisas e iniciativas nesse campo através do Projeto “Organismos Universitários de Prática e Advocacia em Direitos Humanos no Brasil”, que contou com a participação de diversas instituições e clínicas jurídicas que estavam se firmando no país⁴².

³⁸ A Clínica de Direitos Humanos e Direito Agroambiental da Universidade do Estado do Amazonas (UEA), a Clínica de Direitos Humanos e Meio Ambiente da Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT) e a Clínica de Direitos Humanos da Amazônia, da Universidade Federal do Pará (UFPA). RIBEIRO, C. F. T. Rede Amazônica de Clínicas de Direitos Humanos. In: NETO, N. M. da S. et. al (Ed.). **Educação clínica em direitos humanos: experiências da Rede Amazônica de Clínicas de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 9-20.

³⁹ Mapeamento realizado no âmbito da pesquisa de doutorado em andamento. Inicialmente, foi enviado questionário online às clínicas que participaram do II Fórum Nacional de Clínicas Jurídicas, realizado em Curitiba, em 2018. Esses dados passaram a ser atualizados de outras formas, especialmente a partir do monitoramento das redes sociais, principalmente *Instagram*, na medida em que se percebeu a utilização mais recorrente desse espaço para se divulgar o trabalho de clínicas novas, surgidas a partir de 2019. O tratamento dos dados desse levantamento ainda está em fase de elaboração, no entanto já é possível apontar o quantitativo mais atualizado de clínicas jurídicas existentes e, desse universo, constatamos que 35 delas são clínicas de direitos humanos.

⁴⁰ A Rede Amazônica de Clínicas de Direitos Humanos foi a primeira rede de articulação no Brasil voltada para a educação clínica dentro da educação jurídica. Realizam encontros desde 2011, inicialmente com três instituições: Universidade Federal do Pará (UFPA), Universidade do Estado do Amazonas (UEA) e Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT). Inicialmente, a rede intitulou-se “Rede de Clínicas de Direito Agroambiental e de Direitos Humanos da Amazônia”. Ver em: RIBEIRO, C. F. T, op., cit., p. 10.

⁴¹ O CNPQ continuou apoiando iniciativas nessa área nos anos seguintes, a partir do financiamento dos encontros nacionais do Fórum Nacional de Clínicas Jurídicas nos anos de 2017 a 2019. Em 2020, o evento recebeu apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal do Ensino Superior (CAPES).

⁴² As seguintes universidades participaram dessa pesquisa: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, com o Escritório Modelo Dom Paulo Evaristo Arns, a Universidade Federal do Pará – UFPA, com a Clínica de Direitos Humanos da Amazônia (CDHA), a Universidade Federal da Paraíba – UFPB, o Centro de Ciências Jurídicas Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, com a Clínica de Direitos Humanos e o Centro Universitário Ritter dos Reis do Rio Grande do Sul – UNIRITTER, com a Clínica de Direitos Humanos. Ver em: SAULE JÚNIOR, N. et. al. **Pesquisa - Organismos Universitários de Direitos Humanos**. Fundação Ford Foundation. São Paulo: Artgraph, 2015. Disponível em < <https://www.pucsp.br/escritorio-modelo/organismos-universitarios-direitos-humanos> > Acesso em 21 ago 2020.

As agendas e concepções das clínicas, apesar de também refletirem as demandas e as experiências de pesquisas e intervenções sociais locais, guardam alguma confluência com as linhas temáticas e métodos de atuação impulsionados pela Fundação Ford. Trata-se de um ator externo importante tanto para a expansão das estratégias de advocacia de interesse público quanto para a reforma do ensino jurídico na América Latina, como já analisado. Assim, observamos que o movimento de expansão da educação jurídica clínica, também na realidade brasileira, não está isolado das dinâmicas mais gerais de internacionalização do ativismo jurídico.

Apesar das inúmeras diferenças em termos de institucionalização, metodologias de ensino clínico e impactos sociais e pedagógicos produzidos, em linhas gerais, o surgimento e expansão das clínicas no Brasil relaciona-se à necessidade de se redimensionar as possibilidades da aprendizagem prática do direito, para além do atendimento e peticionamento de demandas individuais de hipossuficientes, como acontece na assistência jurídica promovida pelos Núcleos de Prática Jurídica⁴³. Assim, em termos de ensino jurídico, observa-se que muitas clínicas trabalham com formação de grupos de estudos para participação em competições internacionais em direitos humanos e temáticas correlatas (*moot court*) e para simulações dos organismos dos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos⁴⁴. Algumas das primeiras clínicas brasileiras iniciaram suas atividades a partir dessas simulações, seja de organizações transnacionais ou mesmo de julgamentos no âmbito dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, como a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴⁵. A existência de competições, em âmbito nacional e internacional, estimula o engajamento dos estudantes e representa uma ferramenta interessante para estimular a difusão de temas geralmente marginalizados no *mainstream* acadêmico, além de

⁴³ Por exemplo: “(...) O projeto, quando apresentado, é constantemente confundido com o do Escritório Modelo da PUC-SP, outro importante aliado na nossa luta, que realiza assistência judiciária à população por meio de convênio com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, mas que se diferencia e não se confunde com a ideia de Clínica Jurídica, uma vez que a área de atuação desta se dá por meio da litigância estratégica, formação teórica e científica, voltada para o aprendizado e formação dos estudantes em Direitos Humanos, enquanto o Escritório Modelo intervém de maneira direta na sociedade, prestando serviços jurídicos à população economicamente hipossuficiente, possibilitando o acesso à justiça diretamente aos cidadãos.”. LAPA, F. B. Clínica de Direitos Humanos da UNIVILLE: formando defensores de direitos humanos na região Sul do Brasil. In: NETO, N. M. da S. et. al (Ed.). **Educação clínica em direitos humanos: experiências da Rede Amazônica de Clínicas de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 29.

⁴⁴ Destacam-se, nesse sentido, a Clínica de Direitos Humanos da Univille, a Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal do Oeste do Pará (UFOPA), a Clínica de Direitos Humanos Maria Augusta Tomaz (PUC-SP), a Clínica de Direitos Humanos da PUC-PR, a Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná (CDH|UFPR), a Clínica de Direitos Humanos da Faculdade FACI Wyden (Belém-PA) e a Clínica de Direitos Humanos da Faculdade Damas – FADIC (Recife-PE). As atividades incluem leituras e debates, pesquisas, elaboração de instrumentos técnicos como pareceres, relatórios, produção acadêmica, escolha de casos estratégicos para estudo e treinos das técnicas de mediação, negociação, conciliação, atuação como *amicus curiae*, com o fim de promover a educação em direitos humanos.

⁴⁵ Como foi o caso da Clínica de Direitos Humanos da Uniritter e da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal do Oeste do Pará (UFOPA). Ver em: NETO, N. M. da S. et. al (Ed.). **Educação clínica em direitos humanos: experiências da Rede Amazônica de Clínicas de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

popularizar as regras internas de funcionamento dos sistemas jurídicos internacionais. Essas atividades também envolvem o uso de metodologias de monitoramento e fiscalização, como a criação de observatórios de jurisprudência e normativas do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, por exemplo⁴⁶.

No âmbito da prática jurídica desenvolvida pelas clínicas, a litigância estratégica, muitas vezes em conjunto com atores da sociedade civil, surge como uma das principais ferramentas de atuação. Organizações não-governamentais, grupos ligados à Igreja Católica (Pastorais), núcleos de assessoria jurídica popular, projetos de extensão universitários, advocacia *pro bono* e centros de referência em direitos humanos são alguns exemplos que, com distintos graus de profissionalização e organicidade, adotam formas variadas de estratégias jurídicas e desempenham diferentes atividades e em diversos âmbitos (local, regional, nacional e internacional)⁴⁷. Ferramentas como *advocacy*, articulação internacional, mobilização dos sistemas transnacionais de proteção de direitos, como as Nações Unidas e o Sistema Interamericano e litigância estratégica são algumas das estratégias desenvolvidas por esses atores.

Dentre as atividades mais comuns às clínicas jurídicas brasileiras, citamos a participação em casos de litigância estratégica nacional (ex. demandas individuais de impacto,

⁴⁶ Nesse sentido, destacamos a atuação o Observatório de Direitos Humanos da ONU, organizado pela Clínica de Direitos Humanos do Centro Universitário do Pará (CESUPA), em 2017. Ver em: BENTES, N. M. et. al. Metodologias de Ensino aplicadas para a construção do livro: “Síria: Da História À Crise Humanitária”. In: SCHIOCCHET, T. FELIX, L. P. M.; TEREZO, C. F. R. (Coord). **Clínicas Jurídicas no Brasil: metodologias da educação clínica no ensino superior**. Rio de Janeiro: Multifoco, no prelo. O trabalho de sistematização e pesquisa da jurisprudência do sistema interamericano realizado pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal do Pará (UFPA). Ver em: RIBEIRO, C. F. T. Clínica de Direitos Humanos da Amazônia. In: NETO, N. M. da S. et. al (Ed.). **Educação clínica em direitos humanos: experiências da Rede Amazônica de Clínicas de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.45-61. Ainda, a atuação da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia (UFBA) na seara da proteção do sistema interamericano às pessoas privadas de liberdade. Ver em: CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS. **Newsletter** da “Análise sobre enfoques diferenciados em matéria de pessoas privadas de liberdade”. Salvador, 18 abr 2021. Facebook: Clínica de Direitos Humanos da UFBA Disponível em < <https://bit.ly/3xiCRNs> > Acesso em 23 abr 2021. A Clínica Interamericana de Direitos Humanos do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ (NIDH/UFRJ) também realiza uma importante atuação nesse sentido, a partir do diálogo com o grupo de pesquisa “Casoteca da Corte Interamericana”. Ver em: CLÍNICA INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Atuação**. Disponível em < <https://nidh.com.br/sobre/> >. Acesso em 20 abr 2021. Mais recentemente, o Observatório de Justiça Ecológica, organizado pela Clínica de Justiça Ecológica da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Ver em: ALBUQUERQUE, L. **Clínica de Justiça Ecológica**. Projeto de Atividade de Extensão em assessoria jurídica. Disponível em: < <https://justicaecologica.ufsc.br/clinica-de-justica-ecologica/> > Acesso em 23 abr 2021.

⁴⁷ Pesquisa desenvolvida pelo Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) intitulada “Advocacia de interesse público no Brasil: a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado”, financiado pelo Ministério da Justiça no âmbito do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), compôs um importante panorama dessa dinâmica no Brasil, com uma amostra composta por 103 entidades. Ver em: RODRIGUEZ, J. R. (Ed.). **Advocacia de interesse público no Brasil: a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma Judiciária, 2013, p. 99, Disponível em <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/dialogos-ssobrejustica_advocacia_popular.pdf/> Acesso em 20 jul 2020.

coletivas, contribuição como *amicus curie*) e internacionais (ex. OEA, ONU), parcerias com escritórios de advocacia (*pro bono*), o que pode envolver muitas vezes a atividade de consultoria a organizações da sociedade civil ou mesmo à Defensoria e Ministério Público, sem que a clínica necessariamente ingresse como autora dos casos⁴⁸. No âmbito do *advocacy* desenvolvido pelas clínicas, é possível observar também estratégias de lobby legislativo e judicial, por meio da articulação social, análise de projetos de lei, impulsionamento de reformas legais e judiciais e acompanhamento de políticas públicas.

Apesar das particularidades brasileiras que dificultam a implementação das decisões do sistema interamericano⁴⁹, o desconhecimento e a baixa procura por sua utilização, as experiências brasileiras de litigância estratégica junto ao sistema interamericano são marcantes e revelam o nível de apropriação dos atores sociais locais sobre esse tipo de atuação.

O caso Damião Ximenes e as repercussões em torno da legislação anti-manicomial, levado à Comissão pela família da vítima, contou com a atuação do Centro Justiça Global⁵⁰, por exemplo. As denúncias de Maria da Penha e as transformações normativas, políticas e culturais advindas desse processo foram consequências direta da articulação de duas importantes instituições de proteção dos Direitos Humanos, o CEJIL-Brasil (Centro para a Justiça e o Direito Internacional) e o CLADEM-Brasil (Comitê Latino-Americano e do

⁴⁸ Destacamos aqui a atuação da Clínica de Direitos Humanos da UniRitter, que atua como *amicus curiae* no caso do Presídio Central de Porto Alegre junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Ver em: LEIVAS, P. G. C. et. al. **Clínica de Direitos Humanos do UniRitter**: três anos de atividades. X Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-Graduação. Disponível em < https://www.uniritter.edu.br/uploads/eventos/sepesq/x_sepesq/arquivos_trabalhos/2969/303/685.pdf > Acesso em 20 abr 2021. A Clínica de Atenção à Violência, da Universidade Federal do Pará (CAV – UFPA), com a participação em um pedido de audiência à Comissão Interamericana de Direitos Humanos acerca das ações de milícias policiais em Belém-PA. Ver em: CLÍNICA DE ATENÇÃO À VIOLÊNCIA e entidades pedem audiência sobre milícias do Pará à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 23 jul 2020. Disponível em < <https://portal.ufpa.br/index.php/ultimas-noticias2/11770-clinica-de-atencao-a-violencia-e-entidades-pedem-audiencia-sobre-milicias-do-para-a-comissao-interamericana-de-direitos-humanos> > Acesso em 20 abr 2021. Destacamos ainda a atuação da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal do Pará (CIDH/UFPA) e a Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas que, em conjunto com a Defensoria Pública do Estado apresentarão argumentos sobre pessoas privadas de liberdade no Brasil, contribuindo na elaboração do Parecer Consultivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ver em: PARECER CONSULTIVO da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 21 abr 2021. Disponível em <<http://www.cidh.ufpa.br/index.php/pt/ultimas-noticias/116-parecer-consultivo-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos>>. Acesso em 23 abr 2021.

⁴⁹ “(...) como a estrutura federativa, o dualismo jurídico, o desconhecimento por parte das autoridades governamentais (especialmente as locais) do funcionamento do sistema interamericano e a natureza jurídica de suas decisões.(...) A falta de um trâmite institucionalizado do processo de implementação prejudica a formação de uma cultura institucional de observância às decisões da CmiDH e CrIDH”. CARDOSO, E.op. cit., p. 85-86.

⁵⁰ A denúncia a Comissão foi realizada por Irene Ximenes, irmã da vítima e, após o Relatório de Admissibilidade emitido pela Comissão ao Brasil, em 2004, o Centro Justiça Global - uma organização não-governamental brasileira que atua na área de direitos humanos fundada em 1999 - após contato com a irmã de Damião, pediu sua inclusão no processo, como co-peticionária. Ver em: PAIXÃO, C. et. al. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil - Corte Interamericana de Direitos Humanos**, 2007. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/narrativa_final_-_ximenes.pdf>.

Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher)⁵¹. Os casos de violações de direitos humanos de adolescentes na antiga Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor, que potencializaram mudanças estruturais no sistema de responsabilização dos adolescentes, nacionalmente e, em especial, no estado de São Paulo foram levados à Comissão em 2002 pela Comissão Teotônio Vilela, uma organização não governamental paulista que atuou entre o período de 1983 e 2016⁵² e CEJIL-Brasil.

Nesse paralelo, é possível identificar fortes pontos de diálogo, a partir dos quais potentes articulações e parcerias podem ser traçadas, no intuito de se fortalecer a atuação em litigância estratégica por clínicas jurídicas brasileiras, como de fato já acontece em algumas universidades. Nesse sentido, destaca-se o pioneirismo da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia (CIDHA/UFPA) em parcerias com a Defensoria Pública do Estado para atuação junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos⁵³. A Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais (CDH|UFMG) realiza litigância estratégica no direito interno a partir da mobilização de jurisprudência e entendimentos do prisma interamericano de proteção de direitos humanos⁵⁴. Mais recentemente, destacamos a atuação como *amicus curiae* da Clínica Interamericana de Direitos Humanos do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ⁵⁵, bem como da Clínica de Acesso à

⁵¹ A denúncia foi apresentada em 20 de agosto de 1998 por Maria da Penha Maia Fernandes e outras duas. Essa articulação foi essencial para que o caso fosse levado à Comissão Interamericana. Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) é uma rede feminista fundada em 1983 na Costa Rica e presente em 15 países da América Latina. O Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) é uma organização não-governamental, criada em 1991 como um consórcio de organizações de direitos humanos da América Latina e do Caribe. Ver mais em: CIDH. Caso 12.051. Méritos. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

⁵² APARECIDA, S.; SOARES, R. **O Fundo Comissão Teotônio Vilela e sua importância para a história da luta pelos direitos humanos no Brasil**. sd. Disponível em: <http://www.arquivoestado.sp.gov.br/revista_do_arquivo/05/pdf/SOARES_S_A_R_-_O_Fundo_Comissao_Teotonio_Vilela_e_sua_Importancia_para_a_Historia_da_Luta_pelos_Direitos_Humanos_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2021.

⁵³ Ver em: RIBEIRO, C. F. T. op., cit., p. 13.

⁵⁴ Ver mais em: ALEIXO, L. S. P. et. al. 2017. Ferramentas “clínicas” na advocacia estratégica em direitos humanos. In: NICÁCIO, C. S. et. al. (org.). **Clínicas de direitos humanos e o ensino jurídico no Brasil**: da crítica à prática que renova. Belo Horizonte: Arraes Editores, p. 35-52. Mais recentemente, no acompanhamento das violações de direitos humanos das pessoas atingidas por barragens de rejeitos da mineração a Clínica vem desenvolvendo um trabalho interessante na esfera internacional. Ver em: CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS DA UFMG lança documento com aportes às negociações de Instrumento Internacional Vinculante sobre Empresas e Direitos Humanos. 25 jan 2021. Disponível em <<https://clinicadh.direito.ufmg.br/index.php/2021/01/25/clinica-de-direitos-humanos-da-ufmg-lanca-documento-com-aportes-as-negociacoes-de-instrumento-internacional-vinculante-sobre-empresas-e-direitos-humanos/>>. Acesso em 20 abr 2021.

⁵⁵ LEGALE, S. **Manifestação** Da Clínica Interamericana De Direitos Humanos Do NIDH-UFRJ como *amicus curiae* na solicitação de Opinião Consultiva acerca das “Obrigações em matéria de direitos humanos de um Estado que denunciou a Convenção Americana de Direitos Humanos e que tenta retirar-se da OEA”. 20 fev 2020. Disponível em <<https://nidh.com.br/amicus-curiae-na-oc-da-corte-idh-efeitos-da-denuncia-da-cadh/>>. Acesso em 20 abr 2021.

Justiça e Educação nas Prisões da Universidade Federal do Paraná (CAJEP/UFPR)⁵⁶. Percebemos, portanto, que a litigância estratégica internacional vem ganhando espaço cada vez maior na metodologia de trabalho das clínicas jurídicas brasileiras.

Ferreira aponta que os resultados da atividade clínica brasileira até o presente momento envolvem produções bibliográficas, técnicas, processuais e participação em simulados internacionais de Direitos Humanos, no entanto, se faz necessária uma avaliação qualitativa dos discentes que participam do ensino clínico para aferir sobre sua conscientização e responsabilidade com a sociedade e os tribunais, enquanto profissionais⁵⁷. Entendemos, apesar disso, que as clínicas jurídicas podem representar mais um incentivo, dentre os já existentes, à qualificação da formação jurídica, pois fomentam o contato com mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos, voltam-se ao desenvolvimento de habilidades e competências que vão além da subsunção do fato à norma e buscam estimular a interação dos estudantes com estratégias de atuação, judicial e extrajudicial, que, transversalmente, abordam os aspectos conflitivos que certamente encontrarão no mundo profissional.

5. Considerações finais

Analizamos o movimento de implementação de clínicas jurídicas no país no contexto do chamado ativismo jurídico transnacional e o uso da litigância estratégica a partir da mobilização de órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial o sistema interamericano. Por identificarmos uma confluência entre os processos de expansão dos movimentos de ativismo jurídico transnacional, da chamada advocacia de interesse público e da educação jurídica clínica, concluímos que as clínicas jurídicas podem contribuir para a difusão da normativa e mobilização dos órgãos interamericanos de direitos humanos, ao proporcionar experiências universitárias que possibilitem a interação de estudantes com temas e práticas do universo da advocacia de interesse público e da litigância estratégica internacional.

⁵⁶ A Clínica, em parceria com o Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos – NESIDH/UFPR, fez a sustentação do Amicus Curiae sobre Enfoques Diferenciados em Matéria de Pessoas Privadas de Liberdade perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). O projeto foi realizado entre setembro e dezembro de 2020 e o documento final foi enviado à CIDH no dia 16 de dezembro de 2020. Ver em: Clínica de Acesso à Justiça e Educação nas Prisões - Direito UFPR. CAJEP NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Curitiba, 22 abr 2021. Facebook: CAJEP:UFPR. Disponível em < <https://www.facebook.com/CAJEP:UFPR/> > Acesso em 23 abr 2021.

⁵⁷ Em sua pesquisa, o autor aponta ainda que “em geral, identifiquei que o método clínico é originário dos EUA e é internalizado no Brasil de forma bem particular, haja vista que as metodologias utilizadas tentam se enquadrar ao contexto e realidades de cada IES que adota a Clínica. Procuram aplicá-lo e desenvolvê-lo de forma horizontal com os discentes. São, pois, um desenvolvimento mais recente de prática jurídica. Além do mais, constatei a necessidade de pesquisas empíricas que avaliem os resultados da formação clínica.”. FERREIRA, L. P. **Clínica de Direitos Humanos no Ensino Jurídico Brasileiro**: articulação com as relações sociais por meio da litigância estratégica. 2019. 155f. (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói (RJ), 2019, p. 85.

Observamos a tendência cada vez maior da utilização do sistema interamericano pelos atores não-estatais como forma de pressionar os estados nacionais a efetivar direitos humanos. As clínicas jurídicas, internacionalmente, situam-se como um dos principais atores que mobilizam o direito a partir dessa perspectiva, principalmente por meio da litigância estratégica. No Brasil, possuímos experiência em termos de litigância estratégica junto ao sistema interamericano a partir do ativismo de movimentos sociais e organizações não-governamentais, principalmente. No entanto, apenas recentemente, a partir de 2010, as clínicas jurídicas inserem-se no país como novos atores dispostos a compor esse cenário.

Há potencialidades e limitações para a contribuição das clínicas jurídicas brasileiras neste universo. A partir da utilização de certas estratégias, como o diálogo com atores sociais que atuam nessa área, por meio de simulações e competições, metodologia também conhecida por *mootcourt*, ou ainda a criação de observatórios do sistema interamericano e monitoramento de sua jurisprudência, as clínicas podem contribuir para a qualificação e expansão dos conhecimentos acerca do sistema interamericano de proteção de direitos humanos. Funcionam, assim, como mais um ator social importante para formar profissionais do direito comprometidos com a defesa dos direitos humanos e propagar e fortalecer os sistemas internacionais de proteção desses direitos, em especial o sistema interamericano.

Os elementos que conformam o processo de expansão das clínicas jurídicas no Brasil contribuem para tanto, principalmente no que tange à relação de grande parte dessas propostas com o campo do direito internacional dos direitos humanos. A clínicas podem vir a fortalecer as experiências já existentes no país⁵⁸, favorecendo a realização de parcerias entre sociedade civil e universidades capazes de fortalecer a advocacia de interesse público no Brasil e fomentar o desenvolvimento de experiências universitárias capazes impactar na formação defensores de direitos humanos.

Em um cenário de expansão desenfreada de cursos jurídicos, nos quais os núcleos de prática podem, em grande medida, ser considerados “arremedo” de prática, as clínicas jurídicas elevam o nível do debate, na tentativa de ofertar uma formação jurídica qualificada e condizente com as exigências contemporâneas para o profissional do direito. Por estarem nas universidades, esses atores podem contribuir para o fomento de articulações internacionais e a criação de redes transnacionais de defesa de direitos humanos, tendo em vista que os diálogos e trocas entre programas e projetos acadêmicos favorecem esse tipo de atuação. Tais articulações são extremamente importantes quando da utilização da litigância estratégica, conforme destacamos no item 2.

⁵⁸ Ver: RODRIGUEZ, J. R. (Ed.). op., cit. A pesquisa, com uma amostra composta por 103 entidades, incluiu na amostra entidades de diferentes tipos: advocacia popular, extensões universitárias, advocacia *pro bono*, organizações não-governamentais, entre outras, com distintos graus de profissionalização e organicidade, que adotam formas variadas de estratégias jurídicas e que desempenham diferentes atividades e em diversos âmbitos (local, regional, nacional e internacional).

Para tanto, um alto nível de profissionalização, a dedicação exclusiva de estudantes, a consolidação institucional e algum tipo de abertura e contato com organizações da sociedade civil são imprescindíveis. Para se ir além das simulações e competições, faz-se necessário, sendo assim, investimento em metodologias de ensino e aprendizagem não usuais, o que vai de encontro à realidade da esmagadora maioria das Universidades.

Ao ampliarmos nosso olhar para a conjuntura política e jurídica internacional, constatamos que o cenário de aversão de vários governos a um sistema regional caracterizado por um pilar de proteção vigoroso dos direitos humanos⁵⁹ torna a discussão acerca da litigância estratégica e do ativismo jurídico transnacional ainda mais desafiadora. Portanto, em que pesem as limitações das mais diversas ordens, consideramos que a emergência das clínicas jurídicas possui não só um papel importante no processo de valorização e fortalecimento dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos a nível local, mas revela potencialidades no que diz respeito à mobilização transnacional do direito, especialmente por meio da litigância estratégica junto ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Referências

ALBUQUERQUE, L. **Clínica de Justiça Ecológica**. Projeto de Atividade de Extensão em assessoria jurídica. Disponível em: <<https://justicaecologica.ufsc.br/clinica-de-justica-ecologica/>>. Acesso em 23 abr 2021.

ALEIXO, L. S. P. et. al. 2017. Ferramentas “clínicas” na advocacia estratégica em direitos humanos. In: NICÁCIO, C. S. et. al. (org.). **Clínicas de direitos humanos e o ensino jurídico no Brasil: da crítica à prática que renova**. Belo Horizonte: Arraes Editores, p. 35-52.

ALLEMANO, A., KHADAR, L. **Reinventing Clinical Legal Education**. How Clinical Education is reforming the teaching and practicing of Law in Europe. Cambridge University Press, 2018. E-book Kindle.

APARECIDA, S.; SOARES, R. **O Fundo Comissão Teotônio Vilela e sua importância para a história da luta pelos direitos humanos no Brasil**. sd. Disponível em: <<http://www.arquivoestado.sp.gov.br/>>

⁵⁹ Monitoramento que indica, a partir de 2013, uma diminuição das decisões vinculadas ao pilar de proteção e o aumento das atividades de monitoramento e promoção. Ver em: CERQUEIRA, D. Ativismo Internacional em Direitos Humanos para além da litigância de casos: algumas lições da Comissão Interamericana e suas crises. In: NICÁCIO, Camila Silva et. al. (org.). **Clínicas de direitos humanos e ensino jurídico no Brasil: da crítica à prática que renova**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 174. Conforme também aponta Evorah Cardoso: “Com relação ao âmbito internacional enquanto forma complementar de desbloqueio doméstico ou de obtenção de pressão internacional, talvez essa estratégia seja mitigada dado o retrocesso da pauta de direitos humanos também nessa esfera. O recrudescimento político em diversos governos no continente poderá levar, por exemplo, a novas indicações dos Estados para postos no Sistema Interamericano com o objetivo de reduzir seu perfil de incidência em assuntos domésticos.” CARDOSO, E. Pretérito imperfeito da advocacia pela transformação social. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol.10, n.1, 2019, p.567. Disponível em < <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v10n1/2179-8966-rdp-10-1-543.pdf> > Acesso em 25 ago 2020.

revista_do_arquivo/05/pdf/SOARES_S_A_R_-_O_Fundo_Comissao_Teotonio_Vilela_e_sua_Importancia_para_a_Historia_da_Luta_pelos_Direitos_Humanos_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2021.

AUREY, X. Les origines du Mouvement Clinique. In : **Les cliniques juridiques**, Xavier Aurey (dir.), Presses universitaires de Caen, 2015. p. 6-12.

BENTES, N. M. et. al. Metodologias de Ensino aplicadas para a construção do livro: “Síria: Da História À Crise Humanitária”. In: SCHIOCCHET, T. FELIX, L. P. M.; TEREZO, C. F. R. (Coord). **Clínicas Jurídicas no Brasil: metodologias da educação clínica no ensino superior**. Rio de Janeiro: Multifoco, no prelo.

BLOCH, F (ed.). **The global clinical movement: educating lawyers for social justice**. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2011, p. 5.

BONILLA MALDONADO, D. E. El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica. **Derecho y pueblo Mapuche**. Aportes para la discusión. Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, pp. 259-302, 2013.

_____. The political economy of legal knowledge. **Constitutionalism in the Americas**. Studies in Comparative Law and Legal Culture series. CRAWFORD, C. et. al. (org.), 2018, p. 31.

CARDOSO, E. **Litígio estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Pretérito imperfeito da advocacia pela transformação social. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol.10, n.1, 2019, p.567. Disponível em < <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v10n1/2179-8966-rdp-10-1-543.pdf> > Acesso em 25 ago 2020.

CARTER, R. L., The NAACP’s Legal Strategy Against Segregated Education, **Michigan Law Review**, v. 86, 1988. Disponível em < <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol86/iss6/3> > Acesso em 20 ago 2020.

CERQUEIRA, D. Ativismo Internacional em Direitos Humanos para além da litigância de casos: algumas lições da Comissão Interamericana e suas crises. In: NICÁCIO, Camila Silva et. al. (org.). **Clínicas de direitos humanos e ensino jurídico no Brasil: da crítica à prática que renova**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 164-174.

CIDH. **Caso 12.051. Méritos**. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

CLÍNICA DE ATENÇÃO À VIOLÊNCIA e entidades pedem audiência sobre milícias do Pará à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 23 jul 2020. Disponível em < <https://portal.ufpa.br/index.php/ultimas-noticias2/11770-clinica-de-atencao-a-violencia-e-entidades-pedem-audiencia-sobre-milicias-do-para-a-comissao-interamericana-de-direitos-humanos> > Acesso em 20 abr 2021.

CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS DA UFMG lança documento com aportes às negociações de Instrumento Internacional Vinculante sobre Empresas e Direitos Humanos.25 jan 2021. Disponível em < <https://clinicadh.direito.ufmg.br/index.php/2021/01/25/clinica-de-direitos-humanos-da-ufmg-lanca-documento-com-aportes-as-negociacoes-de-instrumento-internacional-vinculante-sobre-empresas-e-direitos-humanos/> > Acesso em 20 abr 2021.

CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS. **Newsletter** da “Análise sobre enfoques diferenciados em matéria de pessoas privadas de liberdade”. Salvador, 18 abr 2021. Facebook: Clínica de Direitos Humanos da UFBA Disponível em < <https://bit.ly/3xlCRNs> > Acesso em 23 abr 2021.

CLÍNICA INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Atuação**. Disponível em < <https://nidh.com.br/sobre/> >. Acesso em 20 abr 2021.

COOPER, J. Competing Legal Cultures and Legal Reform: The Battle of Chile. **Michigan Journal of International Law** *Michigan Journal of International Law*, v. 29, 2008, p. 501. Disponível em < <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol29/iss3/2> > Acesso em 25 ago 2020.

CUMMINGS, S. L. The future of public interest law. **UALR Law Review**, v. 33, 2011, p.1.

DIREITO DE SER: ação no STF debate violações contra a população trans. Clínica UERJ Direitos - Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2017. In: ARAÚJO, A. V. et. al. (Ed). **Litigância Estratégica em Direitos Humanos. Experiências e reflexões**. Disponível em < <https://www.fundobrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/12/litigancia-estrategia-1.pdf> > Acesso em 24 ago 2020.

ERRC, INTERRIGHTS, MPG, **Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice**. European Roma Rights Center – ERRC, Interights, Migration Policy Group – MPG, 2004. A Manual on the Theory and Practice of Strategic Litigation with Particular Reference to the EC Race Directive, p. 43.

FERREIRA, L. P. **Clínica de Direitos Humanos no Ensino Jurídico Brasileiro: articulação com as relações sociais por meio da litigância estratégica**. 2019. 155f. (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói (RJ), 2019.

FORTES, D. M. de A. **Clínicas jurídicas: por um novo modelo de ensino do direito no Brasil**. 2018. 127f. (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo (SP), 2018.

GIDDINGS, J.; BURRIDGE, G.; GAVIGAN, S. A. M. The first wave of modern clinical legal education: the United States, Britain, Canada and Australia. In: BLOCH, F (ed.). **The global clinical movement: educating lawyers for social justice**. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2011, p. 5.

GONZALEZ, F. (Org.) **Litigio y políticas públicas em derechos humanos**. Santiago: Facultad de Derech de la Universidad Diego Portales, 2002.

HENNETTE-VAUCHEZ, S, ROMAN, D. Pour un enseignement clinique du droit, **Les petites affiches**, Paris, n. 218-219, nov. 2006, p. 5-6.

JAMIN, C. **La Cuisine du Droit**. L'École de Droit de Sciences Po : une expérimentation française. LGDJ Lextenso Editions, 2012, p. 100.

JUNQUEIRA, E. Los Abogados Populares: em busca de una identidad. **El Otro Derecho**, ILSA, Bogotá D.C., Colombia, n. 26-27, p. 193-227, abril, 2002. Disponível em < <https://colectivoemancipaciones.files.wordpress.com/2018/01/botelho-junqueira-ileana-los-abogados-populares-en-busca-de-una-identidad.pdf> > Acesso em 16 ago 2020.

KECK, M., SIKKINK, K. **Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics**. Ithaca and London: Cornell University Press, 1998. E-book Kindle.

KOCH, C. de O.; LAPA, F. B. Na rua com direitos: empoderamento da população em situação de rua de Joinville Clínica de Direitos Humanos da Universidade da Região de Joinville – Univille e IDDH - Instituto de Desenvolvimento e Direitos Humanos. In: ARAÚJO, Ana Valéria et. al. (Ed.). **Litigância Estratégica em Direitos Humanos. Experiências e reflexões**. Fundo Brasil de Direitos Humanos. Fundação FORD. São Paulo, 2017, p.44-49. Disponível em < <https://www.fundobrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/12/litigancia-estrategia-1.pdf> > Acesso em 24 ago 2020.

LAPA, F. B. Clínica de Direitos Humanos da UNIVILLE: formando defensores de direitos humanos na região Sul do Brasil. In: NETO, N. M. da S. et. al (Ed.). **Educação clínica em direitos humanos: experiências da Rede Amazônica de Clínicas de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 29.

_____. **Clínica de direitos humanos: uma proposta metodológica para a educação jurídica no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LEGALE, S. **Manifestação** da Clínica Interamericana de Direitos Humanos do NIDH-UFRJ como amicus curiae na solicitação de Opinião Consultiva acerca das “Obrigações em matéria de direitos humanos de um Estado que denunciou a Convenção Americana de Direitos Humanos e que tenta retirar-se da OEA”. 20 fev 2020. Disponível em < <https://nidh.com.br/amicus-curiae-na-oc-da-corte-idh-efeitos-da-denuncia-da-cadh/> > Acesso em 20 abr 2021.

LEIVAS, P. G. C. et. al. **Clínica de Direitos Humanos do UniRitter: três anos de atividades**. X Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-Graduação. Disponível em < https://www.uniritter.edu.br/uploads/eventos/sepesq/x_sepesq/arquivos_trabalhos/2969/303/685.pdf > Acesso em 20 abr 2021.

LUZ, Vladimir. **Assessoria Jurídica Popular no Brasil: Paradigmas, Formação Histórica e Perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MacDOWELL, C. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 7, p. 27-58, 2007.

MACHADO, E. **Webinar – Advocacy como estratégia de atuação em direitos humanos**. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=70MVyWV9EmQ> >, Acesso em 23 set 2020.

NETO, N. M. da S. et. al (Ed.). **Educação clínica em direitos humanos: experiências da Rede Amazônica de Clínicas de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016;

NICÁCIO, C. S.; A. L. S. P. Extensão universitária e ensino clínico: produção e reprodução do direito sob um novo prisma. In: SCHIOCCHET, T. FELIX, L. P. M.; TEREZO, C. F. R. (Coord). **Clínicas Jurídicas no Brasil: metodologias da educação clínica no ensino superior**. Rio de Janeiro: Multifoco, no prelo.

NICÁCIO, Camila Silva et. al. (org.). **Clínicas de direitos humanos e ensino jurídico no Brasil: da crítica à prática que renova**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

PAIXÃO, C. et. al. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil - Corte Interamericana de Direitos Humanos**, 2007. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/narrativa_final_-_ximenes.pdf>.

PARER CONSULTIVO da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 21 abr 2021. Disponível em < <http://www.cidh.ufpa.br/index.php/pt/ultimas-noticias/116-parecer-consultivo-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos> > Acesso em 23 abr 2021.

REKOSH, E. Who defines public interest? Public Interest Law Strategies in Central and Eastern Europe. **SUR International Journal on Human Rights**, year 2, n. 2, p. 166-179, 2005, p. 167.

RIBEIRO, C. F. T. Rede Amazônica de Clínicas de Direitos Humanos. In: NETO, N. M. da S. et. al (Ed.). **Educação clínica em direitos humanos: experiências da Rede Amazônica de Clínicas de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 9-20.

RODRIGUEZ, J. R. (Ed.). **Advocacia de interesse público no Brasil: a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma Judiciária, 2013, p. 99. Disponível em <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/dialogos-ssobrejustica_advocacia_popular.pdf/ > Acesso em 20 jul 2020.

ROJAS, Fernando. Comparación entre los tendencias de los servicios legales em Norteamérica, Europa e América Latina. Primeira Parte. **El otro derecho**. ILSA, Bogotá D.C., Colombia, n. 1, ago. 1988.

SANTOS, B. de S. A crítica da governação neoliberal: O Fórum Social Mundial como política e legalidade cosmopolita subalterna. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 72, p. 7-44, out.. 2005, p. 36. Disponível em < http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/governacao_neoliberal_RCCS72.PDF > Acesso em 20 ago 2020.

SAULE JÚNIOR, N. et. al. **Pesquisa - Organismos Universitários de Direitos Humanos**. Fundação Ford Foundation. São Paulo: Artgraph, 2015. Disponível em < <https://www.pucsp.br/escritorio-modelo/organismos-universitarios-direitos-humanos> > Acesso em 21 ago 2020.

STEGE, U. Le développement du mouvement clinique en Europe. In : **Les cliniques juridiques**, Xavier Aurey (dir.), Presses universitaires de Caen, 2015. p. 49-60. WILSON, R. J. Western Europe: the Last Holdout in the Worldwide Acceptance of Clinical Legal Education, **German Law Journal**, v. 10, n. 7, 2009, p. 823-846. Disponível em < <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1143&context=clpe> > Acesso em 14 ago 2020.

TORO, B. L. **Los Cambios Que Requieren Las Clínicas Jurídicas Iberoamericanas**. Estudio de caso en seis países de la región. D. R. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n. 146, p. 124, 2016.

TRINDADE, A. A. C. Desenvollos relativos al acceso a la justicia en el sistema interamericano de derechos humanos. **Revista IIDH**, San José, v. 37, p; 13-86, jan/jun. 2003.

A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS ENQUANTO VETOR DE TRANSFORMAÇÃO PARA A EMANCIPAÇÃO DA SOCIEDADE

DANIEL CASTANHA DE FREITAS*
CAMILA DE AZEVEDO ANTUNES**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A proteção normativa multinível do direito fundamental à educação: do Sistema Interamericano de Direitos Humanos ao ordenamento jurídico brasileiro; 3. A jurisprudência do direito à educação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos; 4. A educação em Direitos Humanos como instrumento de prevenção a violação de direitos. 5. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representa, no âmbito político-jurídico, um marco no processo de democratização do Estado brasileiro, refletindo uma tendência mundial de ruptura com regimes autoritários em busca de maior proteção dos direitos fundamentais, a fim de garantir um cenário institucional favorável à aplicação concreta do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como muitas Constituições contemporâneas,¹ o Texto Fundamental brasileiro prevê um amplo catálogo de direitos fundamentais, decorrentes, em certa medida, da incorporação de declarações e tratados internacionais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos

* Professor de Direito Administrativo na FAE Centro Universitário (Curitiba-PR, Brasil). Doutorando e Mestre em Direito pela PUCPR. Pesquisador membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano – NUPED/PUCPR. Advogado. Contato: <advcastanha@gmail.com>.

** Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR (Curitiba- PR, Brasil). Pós-graduada em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisadora membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano – NUPED, vinculado ao PPGD/PUCPR. Advogada em Curitiba-PR. E-mail: camila.azevedoantunes@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1657-9948>.

¹ A título exemplificativo, passível de menção a Constituição mexicana (1917), a portuguesa (1976) e a colombiana (1991), sem olvidar de tantas outras.

Humanos.² E ainda, tem-se que o constituinte originário optou por determinar, de forma explícita, a relevância dos direitos humanos, conforme preconizado ilustrativamente no inciso II do art. 4º: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos”.³

Tendo sido realizada a escolha pela prevalência das disposições de direitos humanos, os princípios constitucionais trazidos pela Constituição contribuiram significativamente para que o Brasil intensificasse o processo de ratificação dos tratados internacionais⁴ (tanto é assim que, desde a EC nº 45/2004, o parágrafo terceiro do art. 5º consigna mandamento específico a respeito da força de emenda constitucional de tratados e convenções aprovados com maioria qualificada).⁵ Nesse contexto, tem-se que os tratados de direitos humanos inequivocamente objetivam a fixação de parâmetros protetivos mínimos, a fim de que seja garantida a norma mais favorável ao indivíduo.

Todavia, em que pese a subsistência de discussões acerca da hierarquia dos tratados no direito brasileiro, a pesquisa adota a tese da hierarquia supraconstitucional relativa, no sentido de que a solução hierarquizante para resolver conflitos normativos não é absoluta. Assim, no paradigma da convencionalidade, a hierarquia cede ao critério *pro persona* e às interpretações jurisprudenciais internacionais e nacionais vinculantes aos poderes do Estado.⁶

Deste modo, o presente artigo busca analisar a proteção do direito humano fundamental à educação, tanto no âmbito internacional como no ordenamento jurídico interno, na medida em que a proteção e a garantia a tal direito estão intrinsecamente ligadas ao alcance da dignidade da pessoa humana e igualdade dentro de um contexto social.

Parte-se da premissa de que a desigualdade social no Brasil é um fenômeno que precisa ser enfrentado, pois acaba desencadeando pobreza e exclusão. Logo, uma das formas mais efetivas para tal enfrentamento consiste no investimento progressivo em educação de qualidade, em busca do desenvolvimento pleno, em suas diversas perspectivas – econômi-

² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 novembro de 1969**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 16 ago. 2020.

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020.

⁴ DUARTE, Clarice Seixas. GOTTI, Alessandra. A educação no sistema internacional de proteção dos direitos humanos. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 11, n. 1, p. 219-257, jan./abr. 2016. DOI: <https://doi.org/10.14210/rdp.v11n1.p219-257>.

⁵ “Art. 5º (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”.

⁶ GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.67058.

co, social, cultural, ambiental –, conforme determina o texto constitucional e também, entre outros, o art. 2º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº 9.394/96.⁷

Dada a amplitude temática do direito fundamental à educação enquanto mecanismo para o crescimento pessoal e coletivo, intimamente relacionado à concretização dos conceitos de igualdade e dignidade humana, destaca-se a educação para direitos humanos como uma ferramenta indispensável para alcançar objetivos fixados no texto constitucional.

Nesse contexto, o estudo para direitos humanos representa, a rigor, um vetor para a implementação de políticas públicas que visam a garantia de direitos protetivos, além de se travestir em medida preventiva de violações humanitárias a longo prazo. Afinal, é somente por meio da proteção aos direitos humanos é que a sociedade poderá contar com ferramenta adequado para buscar sua emancipação e amadurecimento.

2. A proteção normativa multinível do direito fundamental à educação: do Sistema Interamericano de Direitos Humanos ao ordenamento jurídico brasileiro.

A educação é um direito fundamental humano, estritamente ligada a dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento do cidadão e protegida tanto no âmbito internacional como nacional.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, em seu artigo XXVI, determina o caráter universal e as finalidades da educação.⁸ Ainda, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 13, item 1, determina que a educação deverá visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como capacitar todas as pessoas para participarem efetivamente de uma sociedade livre, em prol da manutenção da paz.⁹ Este pacto impõe aos respectivos Estados a obrigação de proteger e garantir os direitos nele previstos, a todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição.

⁷ “Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” (BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 23 ago. 2020.).

⁸ “Artigo XXVI. 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais.” ((...)) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos de 1948**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 22 ago. 2020.).

⁹ “Artigo 13. 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concorram em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concorram ainda em que a

Na sequência, no ano de 1969, sobreveio um dos principais documentos de proteção dos direitos humanos no cenário internacional, qual seja a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecido como Pacto de San José da Costa Rica. Nesse dispositivo, a educação conta com previsão expressamente, mesmo que de forma breve, em seu artigo 26, o qual determina um compromisso do Estado em desenvolver progressivamente o direito à educação.¹⁰ E ainda, digna de nota a Conferência Mundial de Direitos Humanos, estabelecida em Viena (1993), a qual trouxe o objetivo de conquista da paz mundial por meio da educação, com menção específica à necessidade de implementação nos currículos escolares de capacitações que versem sobre valores estruturantes do Estado de direito, a exemplo da democracia e do direito humanitário.¹¹

Os direitos humanos previstos na Convenção Americana são protegidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos,¹² órgão cuja missão transcende os signatários da Convenção Americana¹³ e que está afeta à salvaguarda dos direitos humanos elencados naquele diploma e que tem por objetivos precípuos, dentre outras incumbências, incentivar a edificação de uma consciência coletiva sobre sua importância aos povos multifários que compõem o continente americano, além de aventar medidas progressivas pra a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, tudo para que seja garantido, além do reconhecimento, a efetividade das premissas humanitárias.¹⁴

educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 16 ago. 2020.).

¹⁰ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – 1969. Art. 26. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

¹¹ ZLUHAN, Mara Regina; RAITZ, Tânia Regina. A educação em direitos humanos para amenizar os conflitos o cotidiano das escolas. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**, Brasília, v. 95, n. 239, p. 31-54, jan./abr. 2014.

¹² Art. 33 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

¹³ “(...) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos possui competência para atuar não somente nos casos que envolvem os signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como também as nações que integram o bloco da Organização dos Estados Americanos, sob a égide da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 e, atualmente, reconhecida e respeitada como instrumento detentor de força vinculante nos Estados-membros, independentemente de previsão constitucional interna.” (PIOVESAN, Flávia. FREITAS, Daniel Castanha de. O Pacto de San José da Costa Rica e a jurisprudência interamericana em matéria de direito à saúde. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 54, p. 209, jan./abr. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v1i54.11843>).

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. FREITAS, Daniel Castanha de. O Pacto de San José da Costa Rica e a jurisprudência interamericana em matéria de direito à saúde. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 54, p. 209, jan./abr. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v1i54.11843>.

Da leitura do conjunto normativo acima descrito, nota-se que há uma relação de complementaridade entre a Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador. Este, por sua vez, em seu artigo 13, acrescenta que a educação deverá pautar-se para o “pleno desenvolvimento da personalidade humana”, fortalecendo o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais. Acrescenta, ainda, que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, a fim de alcançar uma subsistência digna.¹⁵ Deste modo, o Protocolo de San Salvador aborda o direito à educação de uma forma mais ampla e detalhada e, diferentemente dos demais institutos, determina, inclusive, a progressividade dos Estados em relação ao ensino gratuito, englobando o ensino de segundo grau, em suas diferentes formas,¹⁶ e superior, ao passo que os demais documentos internacionais possuem foco na gratuidade escolar apenas para os primeiros anos de vida.

No Brasil, o direito à educação está previsto no artigo 6º da Constituição da República de 1988, no capítulo II da seção destinada aos direitos e garantias fundamentais e, por isso, reúne status de direito fundamental, sendo detentor de regime jurídico protetivo especial que abrange defesa contra emendas abolitivas e maiorias eventuais.¹⁷ Ainda, o artigo 205 determina que “a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Desse modo, os arts. 205 a 214 da Constituição, alinhados às diretrizes do Protocolo de San Salvador, são dispositivos basilares da legislação educacional, determinando práticas necessárias para a concretização desse direito, tais como princípios, objetivos e deveres de cada ente da Federação.

Importante destacar, ainda, que a Constituição brasileira se preocupou com o acesso à educação das pessoas com deficiência, em seu artigo 208, inciso III, determinando ser dever do Estado o oferecimento de atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, o que está compatibilizado com o objetivo de acesso igualitário e universal da educação.¹⁸

¹⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Protocolo de San Salvador**. 1988. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm>. Acesso em: 16 ago. 2020.

¹⁶ Sobre o processo histórico de construção do ensino médio, ensino científico, quadro do magistério, ensino de 2º grau e médio, confira-se: BARRETTO, Elba Siqueira de Sá; MITRULIS, Eleny. Trajetória e desafios dos ciclos escolares no País. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 15, n. 42, p. 103-140, ago. 2001. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142001000200003>.

¹⁷ Esta proteção refere-se ao *status* de cláusula pétreia conferido aos direitos sociais, como no caso à educação, tendo em vista a essencialidade do conteúdo desta norma. Cf. DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 28, n. 100, p. 691-713, out. 2007.

¹⁸ FRANCO, Adriana Marques dos Santos Laia; SCHUTZ, Gabriel Eduardo. Sistema educacional inclusivo constitucional e o atendimento educacional especializado. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 43, n. esp. 4, p. 244-255, dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-11042019S420>.

Além da previsão constitucional, a legislação ordinária igualmente oferece um leque protetivo para a difusão e incremento da qualidade de ensino. É o que ocorre com a Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB), que regulamenta o direito à educação em todas as suas perspectivas, reiterando, inclusive, por meio de seus arts. 2º e 22, as finalidades previstas em nível constitucional, indicando, ainda, os objetivos específicos em cada nível educacional.¹⁹

A apresentação dos dispositivos normativos de índole interna e supranacional a respeito do direito à educação enquanto instrumento de emancipação da sociedade revelam sua inequívoca importância para o desenvolvimento do Estado. As garantias contra medidas atentatórias à sua existência no âmbito global encontram apoio na Declaração Universal dos Direitos Humanos e, na seara regional, contam com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Incorporados às prescrições de direito interno, desde a Constituição até leis ordinárias, o direito à educação – a exemplo de outros direitos fundamentais – tem à sua disposição um sistema de proteção multinível, imprescindível à salvaguarda das premissas de convivência pacífica e edificante entre os povos, uma vez que promovem uma cultura dialógica, cuja força motriz, para além do *jus cogens* estatal, está no ativismo transnacional da própria sociedade, abrindo espaço para a construção de um *ius commune* latino-americano, consolidando o Estado de direito e a democracia.²⁰

Incontestemente, dessa forma, a relevância e a importância do direito fundamental à educação, sendo um elemento indispensável para a plena realização existencial do ser humano e, por consequência, para o desenvolvimento de seu projeto de vida.²¹ Assim, reunindo a característica de direito fundamental de caráter social, possui um indelével conteúdo prestacional, o que implica em uma atuação positiva do Poder Público para programar e implementar políticas públicas que satisfaçam plenamente este direito.²²

¹⁹ A divisão das etapas educacionais atuais estão previstas na Lei nº 9.394/96 (LDB) nos seguintes termos: “Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade. (...) Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: (...) Art. 35. O ensino médio, etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, terá como finalidades: (...)”

²⁰ PIOVESAN, Flávia. Sistema interamericano de direitos humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD**, São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 142-154, jul./set. 2014. DOI: 10.4013/rechtd.2014.62.03.

²¹ BONAT, Alan. HACHEM, Daniel Wunder. O direito ao desenvolvimento de um projeto de vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a educação como elemento indispensável. **Revista Opinião Jurídica (UNICHRISTUS)**, Fortaleza, v. 15, p. 86, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i21.p77-105.2017>.

²² VIEIRA, Andréa Zacarias. O Direito à educação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos numa perspectiva comparada com a jurisprudência do STF. **Revista de Direito Educacional: RDE**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 27, jul./dez. 2012.

3. A jurisprudência do direito à educação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Com o fito de solidificar as prescrições a respeito da educação em direitos humanos e sua proposição emancipatória e solidária, é preciso enveredar, ainda que de forma breve, pelo papel institucional dos órgãos internacionais na proteção do direito fundamental social à educação, sob o argumento de que suas sentenças podem ser indutoras de políticas públicas para implementação e garantia deste direito no plano interno dos países submetidos a sua legislação, como é o caso do Brasil.

A apreciação dos direitos fundamentais feita pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ocorre tanto pela via direta ou indireta. É dizer: nos casos em que a ofensa ao direito representa o objeto principal da denúncia, ocorre uma análise direta, enquanto que, noutra perspectiva, quando a apreciação do direito ocorre de forma reflexa, trata-se da justiciabilidade indireta, mais comum nos direitos econômicos, sociais e culturais.²³

Nesse cenário, muitas vezes as decisões proferidas por estes órgãos protetivos transcendem o efeito *inter partes*, ampliando seus efeitos a determinados grupos de pessoas ou a toda coletividade do Estado envolvido na demanda. Nesses casos, há as chamadas sentenças estruturantes, também conhecidas como macrosentenças. Néstor Osuna as considera sentenças em que resta transparente o esforço judicial para conferir plena efetividade aos comandos constitucionais, quando presentes graves violações estatais, generalizadas e recorrentes aos direitos humanos fundamentais.²⁴

Envolvendo o Estado brasileiro, ganhou notoriedade, em 2005, o “Caso das crianças e adolescentes privados de liberdade no ‘Complexo do Tatuapé’ da FEBEM”,²⁵ em que o debate sobre o direito à educação teve como um dos temas a formulação e implementação de programas educativos nas unidades de custódia para os adolescentes assistidos.

Na ocasião, em outubro de 2002, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, exercendo seu múnus institucional de deliberar sobre situações de violações a direitos humanos, manifestou seu entendimento de que fora violado o art. 13 do Protocolo de San

²³ VIEIRA, Andréa Zacarias. O Direito à educação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos numa perspectiva comparada com a jurisprudência do STF. **Revista de Direito Educacional: RDE**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 27, jul./dez. 2012.

²⁴ OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. In. BAZÁN, Víctor (Ed.). **Justicia Constitutio y Derechos Fundamentales: la protección de los derechos sociales – las sentencias estructurales**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015. p. 92. ISBN: 978-958-58530-6-5.

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 17 de novembro de 2005**. Solicitação de medidas provisórias apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos com respeito República Federativa do Brasil. Caso das Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no “Complexo Do Tatuapé” da FEBEM. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_01_portugues.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

Salvador, em razão da ausência de políticas públicas educacionais no local, o que certamente acaba por prejudicar sobremaneira a reinserção social dos assistidos.²⁶ O relatório foi imprescindível para que, posteriormente, a Corte Interamericana deliberasse pela aprovação da Resolução de 17 de novembro de 2005, o que auxiliou na reformulação da política socioeducativa para menores apreendidos.²⁷

Ainda no âmbito da Comissão, houve o caso “Miembros de la Comunidad Indígena de Ananas y otros vs. Brasil”, em que a violação ao direito à educação foi considerada a partir da denúncia de descumprimento do direito à propriedade dos indígenas.²⁸ Na oportunidade, apurou-se a invasão das terras ancestrais destas comunidades indígenas, o que acarretou o impedimento de acesso aos serviços públicos de educação e saúde. Consta que na época sete crianças indígenas deixaram de frequentar a escola por temor ao assédio e ameaças que vinham sofrendo em razão do conflito entre os índios e fazendeiros, oriundo da demarcação das terras na região de Amajari, no estado de Roraima. A Comissão concluiu que neste caso houve “violação dos direitos à integridade pessoal, à propriedade privada, ao movimento e à residência, igualdade perante a lei, garantias judiciais, proteção judicial, educação e não discriminação, contra os Membros da Comunidade Indígena Ananás”.

Em ambos os casos mencionados que envolveram o Brasil, embora a violação do direito à educação não consistisse no objeto principal da denúncia, tem-se que foram reconhecidas pela Comissão de maneira reflexa, consistindo em casos de apreciação indireta, portanto. Todavia, em ambos os relatórios, houve entendimento assente relacionado à violação do art. 13 do Protocolo de San Salvador, ou seja, as conclusões foram além de mera interpretação acerca do direito à educação consagrado na Convenção Americana, para alcançar o *locus* de vital importância a que faz jus nas sociedades contemporâneas, franqueando acesso aos valores empáticos e solidários que devem permeá-las.

É possível notar que, as violações ao direito à educação, no cenário internacional, estão presentes em um caráter secundário, nos casos cuja vulneração dos direitos civis e políticos figurava como objeto central. Percebe-se, ainda, que na maioria desses litígios estão envolvidos grupos sociais mais vulneráveis, isto é, pessoas que sofrem com a violação de outros direitos fundamentais,²⁹ o que reforça a ideia de conscientização coletiva de uma educação voltada à consagração de valores humanitários e uma cidadania ativa.

²⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CIDH. Relatório 39/02. Admissibilidade. Petição 12.328. Adolescente em custódia da Fundação Estadual de Bem-Estar do Menor (Febem) vs. Brasil, 09.10.2002. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2002port/brasil12328.htm>>. Acesso em 20 ago. 2020.

²⁷ Vide nota de rodapé “26”.

²⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CIDH. Relatório 80/06. Admissibilidade. Petição 62-02. Membros da Comunidade Indígena de Ananás e outros vs. Brasil, 21.10.2006. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/Brasil62.02sp.htm>>. Acesso em 20 ago. 2020.

²⁹ VIEIRA, Andréa Zacarias. O Direito à educação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos numa perspectiva comparada com a jurisprudência do STF. **Revista de Direito Educacional: RDE**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 30, jul./dez. 2012.

4. A educação em Direitos Humanos como instrumento de prevenção a violação de direitos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos – SIDH possui a capacidade de influenciar e guiar os Estados, conforme já mencionado. Dentre seus misteres, destaca-se a missão protetiva dos direitos humanos, sendo previstos dois órgãos de proteção na Convenção Americana de Direitos Humanos, quais sejam a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cada qual com suas atribuições específicas, garantindo-se, com isso, que todos os Estados que constituem a comunidade internacional cumpram tais diretrizes e as normas de direito convencional e consuetudinário vigentes e que se estabelecerem.³⁰

Sendo assim, no plano interno dos Estados, é necessário a criação e o desenvolvimento de políticas públicas para concretização do direito fundamental à educação. Surge, assim, o papel indispensável da educação para direitos humanos, a qual tem por objetivo criar uma cultura preventiva de violações a esses direitos, pautada em preceitos éticos, em que se compreenda que os direitos humanos contidos nas Convenções Internacionais e no ordenamento jurídico interno são frutos de uma luta continua para estabelecê-los firmemente na consciência dos indivíduos e dos povos.³¹

A base da educação para os direitos humanos está no intuito de proteger a dignidade humana de cada indivíduo, criando mecanismos de conscientização para evitar violações a esses direitos, incentivando atitudes e iniciativas focadas na tolerância, na solidariedade, no respeito e na igualdade.³² Tal construção, conforme exposto nos parágrafos anteriores, ocupa lugar de destaque no construto jurídico transnacional.

No Brasil, o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, concebido em 2007, alinhado aos dispositivos internacionais, determina que a educação em direitos humanos possui papel fundamental para o regime democrático, sobretudo para “difundir a cultura de direitos humanos no país”, com medidas adotadas em todos os níveis educacionais. Sua contribuição objetiva ações de promoção, proteção e defesa desses direitos, disseminando valores solidários, cooperativos e de justiça social, tudo para que seja possível identificar

³⁰ BBAZÁN, Victor. Vías de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los ámbitos interno e interamericano. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 19, p. 263, mar. 2014.

³¹ GORCZEWSKI, Clovis. KONRAD, Letícia Regina. A educação e o plano nacional de educação em direitos humanos: Efetivando os direitos fundamentais no Brasil. **Revista Educação – PUCRS**, Porto Alegre, v. 31, n. 1, p. 30, jan./jul. 2013.

³² GORCZEWSKI, Clovis. KONRAD, Letícia Regina. A educação e o plano nacional de educação em direitos humanos: Efetivando os direitos fundamentais no Brasil. **Revista Educação – PUCRS**, Porto Alegre, v. 31, n. 1, p. 37, jan./jul. 2013.

os anseios e demandas sociais que devem ser incorporados pelo Estado brasileiro como políticas públicas universais.³³

Diante da realidade social do Brasil, é inegável a necessidade de se implementar uma educação voltada ao conhecimento e respeito dos direitos humanos. Esta educação representa, principalmente, o desenvolvimento ao respeito à dignidade humana, por meio da “promoção e da vivência de atitudes, hábitos, comportamentos e valores como igualdade, solidariedade, cooperação, tolerância e paz”.³⁴

Para além do arquétipo normativo já exposto sobre a educação, capaz de caracterizá-la, a um só tempo, como direito fundamental e espécie de direito garantidor de outros direitos,³⁵ é preciso ir além, no sentido da promoção dos direitos humanos, incutindo nos processos educacionais ações relacionadas à educação em direitos humanos. Práticas individuais e coletivas que promovam o respeito a características e diferenças particulares de cada pessoa, promoção de valores pessoais voltados à capacidade de desenvolver relações interpessoais, trabalhos educacionais voltados a práticas humanitárias, solidárias e empáticas, com foco na cooperação e nas necessidades e interesses específicos dos estudantes, são exemplos do necessário fomento para a consolidação de valores como o respeito e a equidade.³⁶ Logo, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade e o direito à educação, exemplos da plêiade de direitos fundamentais presentes na Constituição, representam garantias mínimas para o desenvolvimento dos seres humanos, ou seja, são para todos e não podem ser desrespeitados ou esquecidos por aqueles a quem tais valores eventualmente não lhes convenham.³⁷

A educação em direitos humanos possibilita a junção de perspectivas do ser humano atualmente apartadas, mas que precisam retornar a um proceder simbiótico: a que propugna o conhecimento racional, técnico e decorrente da empiria; e os saberes poético, imaginário, mítico e simbólico, pedra angular da humanidade. A imbricação destes enfoques é a gênese da educação em direitos humanos, força-motriz para o desenvolvimento de valores peda-

³³ BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano nacional de educação em direitos humanos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. p. 26. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/docman/2191-plano-nacional-pdf/file>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

³⁴ GORCZEWSKI, Clovis. TAUCHEN, Gionara. Educação em Direitos Humanos: para uma cultura da paz. **Revista Educação – PUCRS**, Porto Alegre, v. 31, n. 1, p. 71, jan./abr. 2008.

³⁵ DOTTA, Alexandre Godoy. SANTOS, Héric Ricardo da Silva. O Direito à educação no Brasil e o serviço público como garantia fundamental de sua efetivação. In: LIBÓRIO, Daniela. GUIMARÃES, Edgar. GABARDO, Emerson (Coords.). **Eficiência e ética no Direito Administrativo**. Curitiba: Editora Íthala, 2017. p. 24.

³⁶ ZLUHAN, Mara Regina; RAITZ, Tânia Regina. A educação em direitos humanos para amenizar os conflitos do cotidiano das escolas. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**, Brasília, v. 95, n. 239, p. 31-54, jan./abr. 2014.

³⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. ALVES, Felipe Dalenogare. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como indutora de políticas públicas estruturantes: O exemplo da educação em direitos humanos – uma análise dos casos Ximenes Lopes e Gomes Lund versus Brasil - perspectivas e desafios ao cumprimento das decisões. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH)**, v. 15, p. 292, 2015.

gógicos aptos à emancipação das sociedades.³⁸ E nas escolas, isso pode ser representado por uma relação de respeito entre os próprios alunos, entre alunos e professores, entre familiares/comunidade e os membros da instituição de ensino.³⁹

5. Conclusão

A proteção aos direitos humanos é um dos valores essenciais para a sociedade e de máxima relevância para o direito internacional. No Brasil, a Constituição adota o modelo de Estado Social e Democrático de Direito e, por isso, é possível pressupor sua atuação positiva na promoção e garantia desses direitos.

Procurou-se demonstrar na pesquisa a relevância do direito à educação, tanto no âmbito internacional, como no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando-se tanto o seu status constitucional, como seu *locus* instrumental para outros direitos, o que implica uma série de medidas estatais proativas para alcançar sua efetivação. Embora conte com proteção forte da legislação interna e supranacional, a educação ainda não encontra seu lugar entre as prioridades governamentais, muito menos em casos levados à consideração da Corte e Comissão Interamericanas de Direitos Humanos, em que o assunto foi abordado de forma tangencial, em casos de violações a grupos minoritários.

Neste contexto, a educação para direitos humanos se mostra como uma solução preventiva a violação de direitos, eis que se consubstancia em uma ferramenta de emancipação dos indivíduos, a fim de que haja uma retomada de valores éticos, solidários e de justiça social. O ambiente escolar precisa, assim, representar um ambiente que propicie a compreensão da realidade em todos os níveis educacionais, difundido a cultura dos direitos humanos, justamente para realizar o contraponto necessário à banalização da violência e, com isso, valorizando uma cultura de paz.

Não se descure que a educação em direitos humanos, como medida de prevenção a violações a toda a sociedade traduz-se em um objetivo a longo prazo. Por esta razão, sua implementação e fiscalização deve representar esforço contínuo pelo Estado, com especial ênfase a cada um de seus cidadãos, envolvidos direta ou indiretamente no processo de formação – professores, familiares, gestores –, a fim de que, com o tempo, seja alcançado um senso de responsabilidade da sociedade, juntamente com a mudança de práticas sociais que violam ou ignoram os direitos humanos.

³⁸ ZLUHAN, Mara Regina; RAITZ, Tânia Regina. A educação em direitos humanos para amenizar os conflitos o cotidiano das escolas. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**, Brasília, v. 95, n. 239, p. 31-54, jan./abr. 2014.

³⁹ BENEVIDES, Maria Victoria. **Educação em direitos humanos**: de que se trata? Programa ética e cidadania: construindo valores na escola e na sociedade. Programa de Educação em Direitos Humanos da FEUSP. 2007. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Etica/9_benevides.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

Conclui-se que a educação em direitos humanos se revela condição vital à democracia, à justiça e à emancipação das sociedades. A escola, por sua vez, representa, em muitos casos, a oportunidade única de inculcar tais valores, edificando posturas, conhecimentos e engajamentos tendentes à promoção da união e da igualdade. Assim, mais do que um projeto a ser desenvolvido em maior ou menor medida pelos poderes instituídos, entrelaçar a instituição de ensino e a disciplina humanitária deve representar, para todos os envolvidos, um objetivo a ser perseguido.

Referências

BENEVIDES, Maria Victoria. **Educação em direitos humanos**: de que se trata? Programa ética e cidadania: construindo valores na escola e na sociedade. Programa de Educação em Direitos Humanos da FEUSP. 2007. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Etica/9_benevides.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

BAZÁN, Victor. Vías de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los ámbitos interno e interamericano. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 19, p. 257-293, mar. 2014.

BONAT, Alan. HACHEM, Daniel Wunder. O direito ao desenvolvimento de um projeto de vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a educação como elemento indispensável. **Revista Opinião Jurídica (UNICHRISTUS)**, Fortaleza, v. 15, p. 77-105, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i21.p77-105.2017>.

BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano nacional de educação em direitos humanos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/docman/2191-plano-nacional-pdf/file>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 23 ago. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CIDH. Relatório 39/02. Admissibilidade. Petição 12.328. Adolescente em custódia da Fundação Estadual de Bem-Estar do Menor (Febem) vs. Brasil, 09.10.2002. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2002port/brasil12328.htm>. Acesso em 20 ago. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CIDH. Relatório 80/06. Admissibilidade. Petição 62-02. Membros da Comunidade Indígena de Ananás e outros vs. Brasil, 21.10.2006. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/Brasil62.02sp.htm>. Acesso em 20 ago. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 16 ago. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Protocolo de San Salvador. 1988. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.

DOTTA, Alexandre Godoy. SANTOS, Hérick Ricardo da Silva. O Direito à educação no Brasil e o serviço público como garantia fundamental de sua efetivação. In: LIBÓRIO, Daniela. GUIMARÃES, Edgar. GABARDO, Emerson (Coords.). **Eficiência e ética no Direito Administrativo**. Curitiba: Editora Íthala, 2017. p. 19-31.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 28, n. 100, p. 691-713, out. 2007.

DUARTE, Clarice Seixas. GOTTI, Alessandra. A educação no sistema internacional de proteção dos direitos humanos. **Revista Eletrônica Direito e Política (UNIVALI)**, Itajaí, v.11, n.1, p. 219-257, jan./abr. 2016. DOI: <https://doi.org/10.14210/rdp.v11n1.p219-257>.

FIGUEIREDO, Jéssica Antunes. LINS JÚNIOR, George Sarmento. O Direito Fundamental à educação e sua efetividade no Brasil: Uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais de Pontes de Miranda e da Constituição brasileira de 1988. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, São Paulo, v.6, n.1, p. 195-218, mai./ago. 2018.

FRANCO, Adriana Marques dos Santos Laia; SCHUTZ, Gabriel Eduardo. Sistema educacional inclusivo constitucional e o atendimento educacional especializado. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 43, n. esp. 4, p. 244-255, dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-11042019S420>.

FREITAS, Daniel Castanha de. Direito fundamental à educação no Brasil e o acesso gratuito à educação básica obrigatória incluindo o ensino médio: a consagração da igualdade de posições à luz do desenvolvimento. In: SANTANO, Ana Claudia; GABARDO, Emerson; NAGARATHNA, Annappa. (Org.). **Direitos fundamentais, tecnologia e educação**. Curitiba: Íthala, 2020. p. 29-50.

GORCZEVSKI, Clovis. KONRAD, Leticia Regina. A educação e o plano nacional de educação em direitos humanos: Efetivando os direitos fundamentais no Brasil. **Revista Educação – PUCRS**, Porto Alegre, v. 31, n. 1, p. 18-42, jan./jul. 2013.

GORCZEVSKI, Clovis. TAUCHEN, Gionara. Educação em Direitos Humanos: para uma cultura da paz. **Revista Educação – PUCRS**, Porto Alegre, v. 31, n. 1, p. 66-74, jan./abr. 2008.

GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.67058.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. ALVES, Felipe Dalenogare. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como indutora de políticas públicas estruturantes: O exemplo da educação em direitos humanos – uma análise dos casos Ximenes Lopes e Gomes Lund versus Brasil - perspectivas e desafios ao cumprimento das decisões. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH)**, v. 15, p. 287-300, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos de 1948**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 22 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 16 ago. 2020.

OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. In. BAZÁN, Víctor (Ed.). **Justicia Constitutio y Derechos Fundamentales: la protección de los derechos sociales – las sentencias estructurales**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015. p. 91-116. ISBN: 978-958-58530-6-5.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PIOVESAN, Flavia. FREITAS, Daniel Castanha de. O Pacto de San José da Costa Rica e a jurisprudência interamericana em matéria de direito à saúde. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 54, p. 205-225, jan./abr. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v1i54.11843>.

PIOVESAN, Flávia. Sistema interamericano de direitos humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD**, São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 142-154, jul./set. 2014. DOI: 10.4013/rechtd.2014.62.03.

SANTANO, Ana Claudia. Direitos sociais e desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 19, n. 77, p. 273-300, jul./set. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i77.1177.

VIEIRA, Andréa Zacarias. O Direito à educação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos numa perspectiva comparada com a jurisprudência do STF. **Revista de Direito Educacional: RDE**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 21-40, jul./dez. 2012.

ZLUHAN, Mara Regina; RAITZ, Tânia Regina. A educação em direitos humanos para amenizar os conflitos o cotidiano das escolas. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**, Brasília, v. 95, n. 239, p. 31-54, jan./abr. 2014.

TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL: REFORMA TRABALHISTA E RESPONSABILIZAÇÃO DE EMPRESAS DE UMA MESMA CADEIA PRODUTIVA

LUCAS REIS DA SILVA*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Trabalho Escravo Contemporâneo e Organização Produtiva em Cadeias; 3. Atribuição de responsabilidade pela prática de escravidão contemporânea com fundamento em acordos, convenções, diretrizes e princípios de organizações internacionais das quais o Brasil faça parte; 3.1. Diretrizes da OCDE para empresas multinacionais; 3.2. Declaração tripartite de princípios sobre empresas multinacionais e política social da OIT; 3.3. Princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos do conselho de direitos humanos da ONU; 4. Possibilidade jurídica de integração do Direito Brasileiro por meio do Direito Comparado; 5. Cegueira deliberada – falta do dever de cuidado por parte das empresas; 6. Necessidade de cumprimento dos acordos marco internacionais; 7. Conclusão; Referências.

1. Introdução

Recentes alterações na legislação trabalhista, introduzidas principalmente pela Lei nº 13.429/2017, que autoriza a terceirização da produção de forma irrestrita, produziram impactos negativos no combate ao trabalho escravo no País, já que essa reconfiguração da produção tende a pulverizar a cadeia produtiva, dificultando a responsabilização das grandes empresas pela submissão de trabalhadores a condições de escravidão contemporânea. Se antes da aprovação da referida Lei, o conceito de “terceirização ilícita”, previsto pela Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), funcionava como verdadeira baliza para nortear a responsabilização de grandes empresas, com a aprovação da Lei nº 13.429/2017 tem-se a impossibilidade de utilização deste instrumento para atribuir responsabilização daquela maneira. Isso porque a referida Súmula perdeu sua eficácia quando a própria Lei fez autorizar a terceirização na atividade-fim e prever que não se forma vínculo entre os empregados da empresa terceirizada e o tomador de serviços.

* Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Bacharel em Direito e Bacharel em História pela Universidade Federal de Ouro Preto. Auditor-Fiscal do Trabalho. E-mail: v.lucaspaop@hotmail.com.

Antes da referida Lei, nos casos de terceirização em atividade-fim e subordinação, previa a súmula que o vínculo se formava entre a grande empresa transnacional (a tomadora de serviços) e os trabalhadores. Assim, a responsabilidade por submissão de trabalhadores a condições de escravidão contemporânea recaía sobre ela, a empresa beneficiária final. Entretanto, com a promulgação da Lei, esse mecanismo se tornou ineficaz.

Esse artigo procura investigar os mecanismos existentes no ordenamento jurídico brasileiro para que as grandes empresas, beneficiárias finais de uma cadeia produtiva, continuem sendo responsabilizadas por submissão de trabalhadores a condições de escravidão contemporânea mesmo depois da lei 13429 de 2017, que autoriza a terceirização da atividade fim.

A adequada responsabilização das empresas que violam os direitos humanos e submetem trabalhadores à condição análoga à de escravidão decorre do princípio da dignidade da pessoa humana. É direito de toda a sociedade, bem como dos trabalhadores prejudicados pela conduta violadora da empresa, terem reparados seus danos materiais e morais, individuais e coletivos. A máxima efetividade dos direitos constitucionais se relaciona umbilicalmente com a eficiência no processo de responsabilização das transnacionais, tanto por seu aspecto repressivo, como também por seu aspecto preventivo.

A Súmula nº 331 do TST fazia referência a duas modalidades de terceirização: lícita e ilícita. A segunda era aquela que ocorria na atividade-fim da empresa ou quando havia, entre tomador e trabalhadores, relação de subordinação. Quando constatada a terceirização irregular, a própria Súmula previa que deveria se estabelecer o vínculo entre a empresa tomadora de serviços e os trabalhadores, desconsiderando a empresa terceirizada. Assim, a empresa tomadora era, de fato, a empresa empregadora e, conseqüentemente, a responsável pelo adimplemento de todas as obrigações decorrentes do contrato de trabalho. Portanto, a responsabilização era estabelecida dessa maneira.

Esse artigo procura abordar algumas possibilidades de responsabilização das empresas transnacionais no período posterior à reforma trabalhista e à aprovação da Lei nº 13.429/2017. Se a melhor ferramenta de responsabilização é aquela que leva em conta, além de aspectos formais do contrato de trabalho e do vínculo empregatício, questões relacionadas ao porte da empresa, à posição de beneficiária final dos lucros decorrentes das violações e à capacidade de gerência global sobre a cadeia, não se pode conceber que as grandes empresas, a despeito de lucrarem com a submissão de trabalhadores a condições de escravidão contemporânea, não possam por esse delito ser responsabilizadas. Em decorrência do princípio da vedação do retrocesso, se antes da referida reforma as empresas transnacionais já vinham respondendo por violações ocorridas em suas cadeias de produção, *deve-se assumir que, mesmo após a reforma, as empresas transnacionais devam continuar a ser responsabilizadas, caso continuem a cometer tal violação.*

Na medida em que o conceito de “terceirização ilícita”, sustentado pela Súmula nº 331 do TST, caiu por terra diante da inaplicabilidade da referida Súmula, outros mecanismos

devem ser estabelecidos a fim de garantir a adequada responsabilização das grandes empresas por violações dos direitos humanos em suas cadeias produtivas. Alguns deles serão apontados e analisados no decorrer deste trabalho.

É necessário compreender que a submissão de trabalhadores a condições de escravidão contemporânea representa violação aos acordos e convenções internacionais ratificados pelo Brasil. Há obrigações assumidas pelo Brasil em diversos tratados, entre eles as Diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para empresas multinacionais, a Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social da Organização Internacional do Trabalho e os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

A submissão de trabalhadores a condições de escravidão contemporânea representa uma grave violação ao sistema constitucional brasileiro. Além do mais, afronta princípios constitucionais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e o princípio da valorização do trabalho humano, um dos fundamentos da ordem econômica. Diante disso, é necessário que o combate ao trabalho escravo venha acompanhado de uma adequada e eficiente responsabilização quanto à prática desse delito, para que se tenha, a partir daí, efeitos tanto repressivos quanto preventivos.

O presente artigo aborda, portanto, os mecanismos existentes no ordenamento jurídico brasileiro para responsabilização das grandes empresas, as beneficiárias finais de uma cadeia de produção, por submissão de trabalhadores a condições de escravidão contemporânea mesmo depois da promulgação da lei 13429/2017.

2. Trabalho Escravo Contemporâneo e Organização Produtiva em Cadeias

A relação entre empresas e violações a direitos fundamentais tem sido tema recorrente no âmbito de debates políticos e acadêmicos que passam pela esfera tanto da disciplina de direitos humanos quanto da disciplina de direito internacional¹. Este tema tem sido frequentemente objeto de destaque no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) assim como entre estudiosos destas áreas.²

¹ BARBIERI, Catarina Helena Cortada; SCABIN, Flávia; PASQUA, Juliana Silva; IZIDORO, Leila Giovana. Limites e possibilidades da intersecção entre direitos humanos e empresas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 284-292, mai./ago. 2018. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n2/1808-2432-rdgv-14-02-0284.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2019. Nesse editorial, a revista analisa a relação entre direitos humanos e empresas que passou a ganhar destaque na agenda internacional a partir da década de 1990, sobretudo diante das novas realidades trazidas pelo processo de globalização corporativa.

² A exemplo desse debate, citam-se diversas sessões do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, entre elas a 41ª sessão, ocorrida entre os dias 24 de Junho e 12 de Julho de 2019, em Genebra, com mesa específica para debater o tema. A ONU também criou, por resolução aprovada por seu Conselho de

Na primeira metade do século passado, grandes atores que protagonizavam agressões aos direitos humanos eram os Estados Nacionais. Já a partir da década de 1970, a globalização redefiniu a geopolítica do poder, fazendo com que as grandes empresas transnacionais passassem a seguir, potencialmente, como os principais sujeitos ativos de violações a esses direitos. Segundo Zubizarreta, a globalização modificou as relações internacionais impactando a soberania dos Estados em três dimensões: no marco das intervenções humanitárias, no direito internacional e na relação com as empresas transnacionais.³

A globalização criou uma relação desproporcional entre o poder das empresas transnacionais e a possibilidade de responsabilização por danos ocasionados aos direitos humanos, fomentando o debate, tanto no âmbito das Nações Unidas quanto fora dela, a respeito da necessidade de normatização do tema mencionado.⁴

Se há uma enorme e reconhecida disparidade entre a possibilidade de agressão aos direitos humanos por parte das empresas, devido ao seu enorme poderio econômico, e a falta de normatização quanto ao tema, que as responsabilize por eventuais danos, ainda mais evidente fica o déficit de normatização quando a ofensa a tais direitos se dá no decorrer da cadeia produtiva das empresas e não necessariamente na empresa principal, a beneficiária final do produto desta cadeia. A insuficiência de mecanismos e instrumentos de responsabilização das empresas por violações a direitos humanos é, como se analisará no decorrer desse trabalho, potencializada, quando se trata de extensas cadeias produtivas que envolvem fornecimento de produtos e serviços, e subcontratações em forma de terceirizações e quarteirizações.

Para fins da análise elaborada no presente trabalho, considera-se empresa transnacional como sendo “aquela organização constituída de um centro de decisão localizado em um país e por centros de atividade, dotados ou não de personalidade própria, situados em um ou em vários outros países”.⁵ Uma característica essencial das empresas transnacionais é a organização do trabalho via cadeia produtiva. “A formação destas redes [cadeias

Direitos Humanos, o Grupo de Trabalho sobre empresas e direitos humanos, que possui, entre outros objetivos, a promoção, a divulgação e a implantação eficazes e abrangentes dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos: Implantando o Quadro para “Proteger, Respeitar e Reparar” (BUSINESS HUMAN RIGHTS. **Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos - mandato.** [s.d.]. Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/en/node/88106>>. Acesso em: 5 mar. 2019).

³ ZUBIZARRETA, Juan Hernández. **Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos**: historia de una asimetría normativa: de la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales. Bilbao: Universidad del País Vasco, Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional (Hegoa), 2009. p. 29.

⁴ HOMA. Centro de Estudos de Direitos Humanos e Empresas (org.). Editorial. In: **Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas**, Juiz de Fora, Homa, v. 1, 2016. p. 11.

⁵ DAILLIER, Patrick; PELLET, Allain; QUOC DINH, Nguyen. **Direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2000. p. 627.

produtivas] estaria associada ao movimento de internacionalização das operações das grandes corporações transnacionais”.⁶

Por consequência, as empresas transnacionais se apresentam como um fenômeno decorrente da globalização e têm, como suas principais características, o fato de operarem em vários países a partir de uma estratégia comum e de estarem ligadas em rede, com relação de posse ou não de uma sobre as outras. De acordo com o conceito da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento,

Empresa Transnacional é geralmente considerada como uma empresa que compreende as entidades em mais de um país que operam sob um sistema de tomada de decisão que permite políticas coerentes e uma estratégia comum. As entidades são tão ligadas, por posse ou não, que uma ou mais delas podem ser capazes de exercer uma influência significativa sobre os outros e, em particular, partilhar conhecimentos, recursos e responsabilidades com os outros.⁷

Essa rede que liga as empresas transnacionais, caracterizadas ou não por uma relação de posse, são chamadas de cadeias de produção (ou cadeias logísticas, de valores ou de fornecimento), que abrangem todo o processo logístico de fabricação de determinado produto ou de execução de determinado serviço, desde a sua matéria-prima, agregação de valores, até a sua entrega ao consumidor final.

A grande possibilidade de agressão aos direitos humanos por parte das empresas, devido ao seu enorme poderio econômico, não é acompanhada de um aparato legal adequado que garanta a responsabilização desses entes quando em situação de violações. Quando a ofensa a tais direitos se dá no decorrer da cadeia produtiva, e não necessariamente no vínculo da empresa principal, a falta de normatização, decorrente da complexidade das relações empresariais, fica ainda mais evidente.

Há uma relação fundamental entre a globalização e a organização da produção via cadeia produtiva (também chamada, neste estudo de “cadeia de fornecimento”) pelas empresas transnacionais que se beneficiam das atividades de suas filiais ou empresas subcontratadas, espalhadas em diversas localidades do mundo, ou até mesmo da atividade de outras empresas, ainda que estas possuam ou não personalidade própria.

No âmbito internacional, tem-se discutido cada vez mais a relação entre empresas e violações aos direitos humanos, tendo em vista o potencial nocivo que os grandes con-

⁶ ARMANDO, Eduardo; FISCHMANN, Adalberto Américo; CARVALHO, Marly Monteiro de. Cadeias produtivas globais e competitividade internacional: um estudo de múltiplos casos em confeccionados têxteis. **ANPAD**, p. 4, 2005. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/enanpad2005-esoa-0632.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

⁷ CARVALHO, José Carlos. O Brasil e as empresas transnacionais: os novos rumos para a transnacionalização das empresas nacionais. **Scientia Iuris**, v. 15, n. 1, p. 91, 2011.

glomerados econômicos oferecem à sociedade em contraposição à falta de mecanismos jurídicos com competência suficiente para evitar ou até mesmo reparar os danos. Em 2011, foi criado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, o Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos⁸ que, desde então, tem produzido estudos técnicos e relatórios a respeito do tema. Empresas transnacionais têm faturamento maior do que o Produto Interno Bruto (PIB) de muitos países e o potencial nocivo de algumas atividades empresariais tem crescido exponencialmente nas últimas décadas.

A Organização Não Governamental (ONG) britânica Global Justice Now realizou, em outubro de 2018, uma classificação que compara o orçamento anual dos países do globo com a renda dos negócios das principais empresas transnacionais. Segundo esse estudo, entre as 100 (cem) entidades econômicas do mundo, 69 (sessenta e nove) são empresas e apenas 31 (trinta e um) são países. A título exemplificativo, de acordo com essa lista, caso a rede norte-americana de supermercados Walmart fosse um Estado, ela ocuparia a décima colocação, atrás apenas dos Estados Unidos, China, Alemanha, Japão, França, Reino Unido, Itália, Brasil e Canadá.⁹ Tudo isso redesenhou uma nova geopolítica de poder no âmbito internacional, fazendo com que os estados e suas legislações não fossem suficientes para proteger suas populações, especialmente aquelas mais vulneráveis, de ações atentatórias aos direitos humanos por parte das grandes empresas.

O Brasil, por sua vez, tem uma legislação de combate à escravidão contemporânea bastante eficiente e elogiada por organismos internacionais, em especial pela ONU e pela Organização Internacional do Trabalho (OIT).¹⁰ Foi a alteração do conceito de trabalho escravo contemporâneo estampada no Código Penal Brasileiro a principal ferramenta que permitiu que mais de cinquenta e cinco mil trabalhadores fossem resgatados de condições de trabalho escravo contemporâneo nas últimas duas décadas.¹¹

Na legislação brasileira, o trabalho escravo contemporâneo tem seu conceito estabelecido pelo artigo 149 do Código Penal, que elenca as seguintes hipóteses de ocorrência: “quer submetendo-o [empregado] a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua

⁸ BUSINESS HUMAN RIGHTS. **Grupo de trabalho das nações unidas sobre empresas e direitos humanos - mandato.** [s.d.]. Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/pt/onu-e-organizações-internacionais/a-onu-e-as-organizações-intergovernamentais/organização-das-nações-unidas-onu/grupo-de-trabalho-da-onu-sobre-empresas-e-direitos-humanos>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

⁹ GLOBAL JUSTICE NOW. **Lista das entidades econômicas.** [s.d.]. Disponível em: <https://docs.google.com/spreadsheets/d/12Jdgaz_qGg5o0m_6NCU_L9otur2x1Y5NgbHL26c4rQM/edit#gid=1364122473>. Acesso em: 3 mar. 2019.

¹⁰ ÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. **Relatora da ONU destaca lei contra escravidão como referência mundial:** medida cassa ICMS de empresas flagradas com trabalho escravo. 2013. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=337165>>. Acesso em: 3 mar. 2019.

¹¹ REPÓRTER BRASIL. **Dados sobre trabalho escravo no Brasil.** [s.d.]. Disponível em: <<https://reporterbrasil.org.br/dados/trabalhoescravo/>>. Acesso em: 3 mar. 2019.

locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto”.¹² Dessa forma, são quatro as hipóteses de configuração do trabalho escravo contemporâneo no Brasil: 1) trabalhos forçados; 2) Jornada exaustiva; 3) condições degradantes de trabalho e 4) restrição à liberdade de locomoção. O § 1º do mesmo artigo traz as hipóteses correlacionadas às condições análogas à de escravidão, quais sejam: cerceamento do uso de transporte do trabalhador, manutenção de vigilância ostensiva ou retenção da documentação do trabalhador, todas as três hipóteses relacionadas à finalidade de manter o empregado no local de trabalho.

Dessa forma, o conceito de trabalho escravo que se considera mais coerente, utilizado durante esta investigação, coincide com aquele expresso no artigo 149 do Código Penal. Isso porque a letra da Lei é mais ampla até mesmo que as Convenções da OIT. A legislação brasileira adequa o conceito da OIT às particularidades nacionais. Ao abranger outras formas que não apenas o trabalho forçado ou a restrição à liberdade de locomoção, a Lei desconstruiu as noções coloniais de “escravo” e de “trabalho escravo”, que, apesar de não mais existirem, foram cristalizadas no imaginário nacional através do processo de escravidão colonial vigente até 1888. Esse conceito demonstra-se absolutamente contemporâneo ao inserir a jornada exaustiva como um elemento caracterizador do trabalho escravo contemporâneo.

Essa definição mais ampla de trabalho escravo contemporâneo, que se expressa na letra do artigo 149 do Código Penal Brasileiro, também se adéqua perfeitamente ao que estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil, pois apresenta a submissão de trabalhadores a condições degradantes de trabalho como um elemento caracterizador do trabalho escravo contemporâneo. Esse elemento caminha de mãos dadas com o princípio da dignidade da pessoa humana, que possui previsão na Carta Maior, em seu artigo 1º, no inciso III. A dignidade da pessoa humana é reconhecida como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, um conceito de trabalho escravo que seja coerente com os ditames da Constituição Brasileira deve transcender a identificação de trabalho escravo apenas com a restrição à liberdade de locomoção e com o trabalho forçado. Contemporaneamente, trabalho escravo se apresenta de outras maneiras, como, por exemplo, a utilização da mão de obra alheia de forma a submeter o trabalhador a condições ofensivas à sua dignidade.

A ordem econômica, segundo prevê a Carta Magna, tem como um de seus pilares a valorização do trabalho humano, não havendo, assim, desenvolvimento econômico que dela prescindia. O trabalho não é, portanto, destituído de valor, seu custo não é zero. Pelo contrário, o trabalho deve ser valorado ao ponto de “garantir a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”, assim observado na Constituição, em seu artigo 170. No inciso IV do mesmo artigo, está justaposto o “valor social do trabalho” à “livre

¹² BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 1940.

iniciativa”, ambos elevados à categoria de fundamentos da República Federativa do Brasil. Portanto, atentar contra a valorização social do trabalho significa atentar contra um dos próprios fundamentos da República.

Sendo assim, o conceito de trabalho escravo contemporâneo mais coerente com os pressupostos constitucionais é aquele expresso no Código Penal e que se define a partir de quatro elementos principais, tais como: trabalho forçado, restrição à liberdade de locomoção, violação à dignidade do trabalhador e prática de jornadas extenuantes de trabalho. Além dessas, tem-se as situações que se equiparam às condições de escravidão contemporânea, expressas no próprio artigo 149, § 1º, incisos I e II, quais sejam: cerceamento do uso de transporte ou retenção de documentos do trabalhador e manutenção de vigilância ostensiva.

3. Atribuição de responsabilidade pela prática de escravidão contemporânea com fundamento em acordos, convenções, diretrizes e princípios de organizações internacionais das quais o Brasil faça parte

Primeiramente, os argumentos capazes de justificar a responsabilização das grandes empresas de uma cadeia de fornecimento partem do princípio de que a violação em análise, qual seja, submissão de trabalhadores a condições de escravidão contemporânea, fere frontalmente convenções e acordos internacionais ratificados pelo Brasil. Trata-se de uma grave violação ao sistema constitucional brasileiro e ao sistema internacional dos direitos humanos, e, por isso, existe a possibilidade de repercussão tanto na esfera penal quanto na civil, ainda que não houvesse estabelecimento de uma nítida relação formal de emprego entre os trabalhadores resgatados e a empresa beneficiária final. A responsabilização deixa de se escorar na ilicitude da terceirização, prevista na Súmula nº 331 do TST, passando a apoiar-se na gravidade da violação em análise, que atinge a dignidade da pessoa humana, um dos princípios da República Federativa do Brasil. A formalidade do vínculo torna-se elemento acessório no momento de atribuição do quinhão de responsabilidade diante da gravidade representada pela escravidão contemporânea.

Segundo o artigo 5º, § 3º, da Constituição da República, “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”.¹³ De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais ratificados pelo Brasil estão submetidos a uma hierarquia de três níveis, a depender do procedimento utilizado para sua incorporação ao direito interno.¹⁴ Aqueles que não tratam de direitos humanos ingressam no ordenamento ju-

¹³ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: 1988. (Art. 5º, § 3º)

¹⁴ Compreensão exarada pelo RE nº 466.343, STF/2008.

rídico pátrio com força de Lei Ordinária, não sendo admitido que tratado internacional adentre em matéria reservada à Lei Complementar.

Aqueles outros que, por sua vez, além de versarem sobre direitos humanos, forem aprovados por três quintos dos votos, nas duas casas legislativas, equivalem-se à Emendas Constitucionais, de acordo com o artigo 5º, § 3º da Constituição da República.

Já aquelas Convenções e tratados internacionais que versem a respeito de direitos humanos, desde que sejam aprovados por maioria simples (procedimento ordinário), passam a possuir *status* de supralegalidade, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica e de todos os outros acordos e Convenções anteriormente citados, que se posicionam entre a Constituição e as Leis Ordinárias.

Portanto, a importância dada aos acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário e por meio dos quais se compromete a identificar, combater e responsabilizar todas as formas de escravidão contemporânea é tal que eles possuem *status* de supralegalidade no ordenamento jurídico nacional. Além disso, com fulcro no artigo 5º, § 10º da Constituição da República, não há para eles nem mesmo a necessidade de edição de decreto presidencial a fim de materializá-los no ordenamento interno. Após a ratificação, há incorporação imediata, tamanha a importância dada à garantia da dignidade da pessoa humana e à valorização do trabalho, institutos esses com sede constitucional.

3.1. Diretrizes da OCDE para empresas multinacionais

Uma forma de se atribuir responsabilidade às grandes empresas multinacionais por submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo é fazê-lo com base em acordos, convenções, ou mesmos diretrizes de organizações internacionais das quais o Brasil faça parte. Cita-se, por exemplo, as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais, onde as recomendações são dirigidas às empresas transnacionais pelos governos com o objetivo de assegurar que suas operações estejam de acordo com as políticas governamentais, além de visar à melhora do clima de investimento estrangeiro, o fortalecimento da relação de confiança entre elas e as sociedades onde operam e contribuir com o desenvolvimento sustentável.¹⁵

As Diretrizes da OCDE dizem respeito às orientações e boas práticas que deverão ser implementadas tanto por empresas quanto por governos no sentido de garantir meio ambiente saudável, sustentável e adequado. A despeito do fato de serem constituídas por padrões e princípios voluntários de comportamento empresarial condizente com as leis nacionais e os padrões internacionais, a partir do momento em que os países aderem às diretrizes, assumem o compromisso vinculante de implementá-las, levando em conta a decisão

¹⁵ BRASIL. Ministério da Economia. **Ponto de contato nacional Brasil (PCN)**. Brasília: Secretaria Executiva da Câmara de Comércio Exterior, 2019. Disponível em: <www.pcn.fazenda.gov.br/diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais>. Acesso em: 25 mar. 2019.

do Conselho da OCDE sobre as Diretrizes para Empresas Multinacionais. No ano de 1997, quando o Brasil aderiu à OCDE, as diretrizes foram incorporadas como compromisso do Estado Brasileiro.

Constam nas cláusulas obrigacionais desse documento, no item II, que é dever das empresas assegurar o desenvolvimento sustentável, contribuindo para o progresso econômico, ambiental e social.¹⁶ Devem, também, respeitar os direitos humanos de todos os afetados por suas atividades, bem como gerir adequadamente os riscos a fim de identificar, evitar e atenuar todos os impactos decorrentes dos riscos de suas atividades, ainda que os impactos estejam ligados às operações, bens ou serviços por uma relação de negócios. De acordo com o documento, o objetivo não deve ser “transferir a responsabilidade da entidade que causa um impacto adverso para a empresa com a qual tenha relação comercial”.¹⁷

Ou seja, nas diretrizes da OCDE fica clara a responsabilidade das empresas em identificar todos os riscos que suas atividades possam causar ao meio ambiente ou ao desenvolvimento econômico e social. Verifica-se ainda a necessidade de que essa identificação não se restrinja apenas às suas próprias operações, mas que sejam ampliadas para alcançarem também outras empresas com quem mantenham uma relação comercial. Esses dispositivos se relacionam objetivamente com o “*due diligence*” (dever de cuidado), ou seja, com o processo de investigação de uma determinada atividade negocial por parte de uma empresa, considerando todos os riscos da transação. Reitera-se o fato de que, a partir do momento em que o Brasil aderiu à OCDE, essas diretrizes passaram a ter aplicação vinculada em todo o território nacional.

Com relação à proteção aos Direitos Humanos, o item V da cláusula prevê a obrigação de proteção dos direitos humanos por parte dos Estados, bem como das empresas que devem pautar suas atividades por adequada *due diligence* sobre direitos humanos. Consta nestas diretrizes a necessidade de que as empresas evitem ou minimem os impactos decorrentes de violações “que estejam diretamente ligadas às suas operações comerciais, produtos ou serviços por uma relação de negócio, mesmo que elas não contribuam para esses impactos”.¹⁸ Mais uma vez, está explícito que as obrigações das empresas transcendem as violações ocorridas no curso de suas relações contratuais.

Quanto ao item VI, que trata a respeito das relações de emprego, as diretrizes preveem que as empresas devem tomar todas as medidas a fim de que o trabalho escravo não exista em suas operações, e deve contribuir para a eliminação dessa prática nos países onde operam. Assim também, com relação ao meio ambiente, prevê que elas devam melhorar o desempenho ambiental corporativo, tanto no nível da própria empresa, quanto em sua cadeia de fornecimento.

¹⁶ Disponível em <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais>.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Idem*.

As diretrizes da OCDE, portanto, são instrumento importante, com força de aplicação vinculante no Brasil, que dispõem a respeito da necessidade de que as empresas desenvolvam suas atividades com o máximo cuidado sobre suas próprias ações que possam representar violações a direitos humanos, e também que permaneçam atentas para as violações ocorridas em toda sua cadeia de fornecimento. Imputar responsabilidade às grandes empresas da cadeia de fornecimento por submissão de trabalhadores à escravidão contemporânea, com base nesses compromissos internacionais, significa fazê-lo de forma a obter resultados sociais mais efetivos.

3.2. Declaração tripartite de princípios sobre empresas multinacionais e política social da OIT

Outro documento internacional que trata da responsabilidade das beneficiárias finais da cadeia produtiva por submissão de trabalhadores à escravidão contemporânea é a Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social da Organização Internacional do Trabalho, adotada pelo Conselho de Administração da OIT em 1977 e revista em 2000.¹⁹ Assim como as Diretrizes da OCDE, a Declaração Tripartite da OIT, caso fosse adotada pelas empresas transnacionais, contribuiria para a redução do déficit de trabalho decente no Brasil.

Esse documento traz dispositivos que abordam o quinhão de responsabilidade das empresas transnacionais e a necessária prática de *due diligence* a ser implementada por elas em relação aos seus próprios empregados ou aos empregados de sua cadeia de fornecimento. Enumera ainda as medidas a serem adotadas para que as empresas transnacionais promovam condições de trabalho decente em suas cadeias. Referido documento observa, primeiramente, que as grandes empresas necessitam desenvolver suas atividades levando em consideração os objetivos da política geral estabelecida nos países onde operam. Para tanto, sugere que as mesmas devam consultar as organizações de trabalhadores, empregadores e as autoridades públicas competentes, objetivando “harmonizar seus planos de mão de obra com a política nacional de desenvolvimento social”.²⁰ Resta evidente a inserção desta cláusula relativa às obrigações de *duty of care* ou *due diligence*.

3.3. Princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos do conselho de direitos humanos da ONU

O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas aprovou por consenso, em 2011, os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos²¹, demonstrando

¹⁹ Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilobrasilia/documents/publication/wcms_227046.pdf.

²⁰ *Idem*.

²¹ Disponível em https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2019/outubro/Cartilha_versoimpresso.pdf.

preocupação com o potencial de violações que carregam as operações das grandes empresas transnacionais. Apoiado no tripé proteger, respeitar e reparar, esse documento indica a necessidade de adequação das atividades empresariais às políticas de defesa dos direitos humanos dos Estados Membros. O Princípio 11 prevê expressamente que as empresas devem respeitar os direitos humanos, tanto se abstendo de infringi-los, quanto enfrentando os impactos negativos de sua violação nas operações nas quais elas possuam qualquer envolvimento. O princípio seguinte estabelece quais são os direitos humanos a serem respeitados: no mínimo aqueles previstos na Carta Internacional de Direitos Humanos e os princípios relativos aos direitos fundamentais estabelecidos na Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais do trabalho.

O Princípio 13, por sua vez, declara explicitamente que se exige das empresas que evitem não apenas que suas próprias atividades gerem impactos negativos sobre direitos humanos ou que contribuam para isso (sendo necessário enfrentar as consequências quando ocorrerem), mas que busquem também “prevenir ou mitigar os impactos negativos sobre os direitos humanos diretamente relacionados com operações, produtos ou serviços prestados por suas relações comerciais, inclusive quando não tenham contribuído para gerá-los”.²² Este princípio é ponto chave na compreensão sobre a responsabilização das empresas da cadeia produtiva. A prevenção e a mitigação dos impactos negativos sobre direitos humanos devem ser realizadas pelas empresas, tanto em violações que ocorrerem em suas operações, produtos ou serviços prestados diretamente por elas, quanto naquelas prestadas por suas relações comerciais, ainda que não tenham contribuído para gerá-los.

Dentre esses princípios, importa também observar a previsão, no décimo quarto, de que a distribuição do quinhão de responsabilidade deve variar de acordo com diversos fatores, entre eles, a magnitude e a complexidade dos meios dispostos pelas empresas para assumirem tal responsabilidade, o setor econômico de atuação, contexto operacional, proprietário e estrutura. Ou seja, esse documento reconhece a importância da atribuição da responsabilidade a depender do porte da empresa. Fica evidente que a atribuição de responsabilidade por submissão de trabalhadores a condição de escravidão contemporânea que não leve esses fatores em conta não seria eficiente. As beneficiárias finais de uma cadeia de fornecimento são as empresas que mais lucram com relação às violações de direitos humanos que atingem as relações de trabalho e as que contam com maiores recursos financeiros para fazer cessar tal violação e mitigar seus efeitos. São as que de fato possuem a batuta e regem a produção organizada em cadeia. Qualquer responsabilidade que prescinda desse fato não contará com efetividade. Nesse sentido, a previsão expressa no Princípio 14 contempla a necessidade de se variar a atribuição do quinhão de responsabilidade em função dos fatores acima elencados.

O Princípio 17, ao tratar a respeito do dever de cuidado (*due diligence*) das empresas em matéria de direitos humanos, prescreve a necessidade de realização de auditorias por

²² *Idem.*

parte das empresas em matéria de direitos humanos, devendo abranger avaliação do impacto real e potencial das atividades sobre os direitos humanos causados pela própria empresa ou por suas atividades e operações, ou àquelas com quem possuam relações comerciais. Sendo assim, fica claro que a responsabilidade pelo *due diligence* transcende os limites jurídicos da própria empresa e passa a ter como base a cadeia de fornecimento por ela instituída. Dessa maneira, constata-se que os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas apresentam algumas diretrizes bastante claras e objetivas a respeito do tema. Segundo esse documento, os processos de *due diligence* se impõem ao longo de toda a cadeia produtiva e de fornecimento de determinada empresa, que devem realizar seus processos internos de auditoria.

4. Possibilidade jurídica de integração do Direito Brasileiro por meio do Direito Comparado

Um importante argumento que contribui com a atribuição de responsabilidade a grandes empresas, beneficiárias final dos lucros decorrentes da violação em análise, decorre da possibilidade de integração do direito pátrio por meio do direito comparado. O artigo 8º, *caput* e o parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho preveem a possibilidade da autoridade administrativa e judicial, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirem com base em princípios e normas gerais do direito, bem como em normas do direito comparado.

Primeiro, importa considerar o vácuo que o afastamento da Súmula 331 do TST provocou em virtude da aprovação da Lei nº 13429 de 2017. Se a jurisprudência era bastante clara ao prever o vínculo direto entre os trabalhadores e a tomadora de serviços no caso de terceirização irregular, a referida Lei não faz o mesmo. Apresenta-se, portanto, a possibilidade de integração da legislação brasileira mediante utilização da legislação estrangeira, um mecanismo a solucionar tal omissão. O artigo 8º da CLT é claro ao prever tal possibilidade. Nesse sentido, torna-se relevante apelar à legislação de dois países que tratam a respeito do tema.

O primeiro, a Espanha. De acordo com a legislação daquele país, no caso de empresas de uma mesma cadeia produtiva, atribui-se responsabilidade solidária a todas elas, ou seja, todas respondem conjuntamente pelas obrigações trabalhistas. É solidária a responsabilidade do tomador com o fornecedor de serviços ou com o intermediador de mão de obra, no caso de subcontratação. Isso é previsto no artigo 42 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha.²³ A legislação espanhola requer comprovação de quitação com os pagamentos da seguridade social por parte dos empregadores que contratem ou subcontratem com outros a realização de obras ou serviços correspondentes à atividade daqueles. E somente após receber por escrito a certidão negativa da entidade gestora no prazo de trinta dias, com

²³ Disponível em <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11430-consolidado.pdf>.

identificação da empresa afetada, é que o empregador solicitante ficará exonerado de responsabilidade. Quanto ao empregador principal, a legislação espanhola apresenta uma saída interessante, pois prevê a solidariedade pelas obrigações de natureza salarial e de seguridade social entre ele e aqueles trabalhadores vinculados a seus contratantes durante o período de vigência do contrato. Essa é uma saída apresentada pelo direito comparado ao direito brasileiro, já que essa alternativa é permitida pelo artigo 8º da CLT.

Uma segunda possibilidade que se apresenta a partir do direito comparado é aquela criada pela legislação francesa. O país que mais avançou nesse sentido foi a França, com a promulgação da Lei nº 2017-399, de 27 de março de 2017, que instituiu o chamado *devoir de vigilance* (dever de vigilância), estabelecendo um conjunto mais abrangente de obrigações a potenciais violadores de direitos fundamentais. Dessa maneira, a partir de março de 2017, passou-se a exigir que as grandes empresas que operam naquele país exerçam monitoramento de suas cadeias de fornecimento por meio de coleta de dados, avaliação de subcontratadas e fornecedoras, monitoramento de suas operações e publicação anual de um “plano de vigilância”. Todo o exposto com a finalidade de identificar riscos ligados a violações ao meio ambiente e aos direitos humanos.

A referida Lei é aplicável às empresas com no mínimo cinco mil empregados e que tenham sede na França, ou então àquelas que, embora com sede no exterior, operem na França e contem com no mínimo dez mil empregados (incluem-se, no cálculo do número de empregados, aqueles com contratação direta ou aqueles vinculados a subsidiárias diretas ou indiretas). Segundo o governo francês, cento e cinquenta grandes empresas multinacionais na França serão alcançadas por essa obrigação e estima-se que o impacto dessa legislação deverá transpor os limites do Estado Francês.²⁴ Desta forma, além da obrigação envolver empresas transnacionais que operam em todo o globo, com possíveis impactos em outros países onde operam, a discussão já começa a ser colocada em pauta por outros Estados europeus.

A utilização da legislação estrangeira, na falta de legislação brasileira que regule o tema, se apresenta perfeitamente adequada ao estabelecido pelo princípio de integração do direito brasileiro pelo direito comparado.

5. Cegueira deliberada – falta do dever de cuidado por parte das empresas

Um terceiro argumento útil para atribuir responsabilidade pela conduta delituosa em empresas de uma mesma cadeia de fornecimento repousa no conceito de “cegueira deliberada”. De acordo com Monteiro, a teoria da “cegueira deliberada” (*willful blindness doctrine*

²⁴ LEGIFRANCE. Le service public de la diffusion du droit. **Observations du gouvernement sur la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre**. 2017. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=B2D28DE85CE9CF83AF74562A77E49AF8.tplgfr33s_3?-cidTexte=JORFTEXT000034290672&dateTexte=29990101>. Acesso em: 11 abr. 2019.

ou *conscious avoidance doctrine*) é um mecanismo que procura responsabilizar o agente que, de maneira intencional, se coloca ou se mantém em estado de ignorância, com a finalidade de não conhecer detalhadamente as circunstâncias fáticas de uma situação que se apresenta como suspeita.²⁵

Originalmente criada na Inglaterra em 1861, essa teoria nasce a partir do caso *Regina vs Sleep*, que julgou a entrega de um barril de parafusos de cobre, alguns de propriedade estatal, para que fosse embarcado. O acusado, Sr Sleep, alegou desconhecer que alguns desses parafusos, que estavam marcados com sinal de flecha, eram de propriedade estatal.²⁶ Teve sua condenação revogada em segunda instância, pois o júri considerou que o agente não tinha conhecimento da situação e nem tampouco que se abstera intencionalmente de tomar conhecimento da marcação dos bens. Foi com base nesse primeiro julgado que nasceu a teoria da cegueira deliberada, pois se concluiu que o sujeito mereceria uma resposta punitiva semelhante, tanto nos casos de desconhecimento certo, quanto nos casos de sua abstenção intencional. “[...] caso restasse comprovada a intenção do indivíduo de abster-se, mereceria ele uma resposta punitiva semelhante à dada em caso de conhecimento certo”.²⁷

Posteriormente, com base na teoria dos precedentes da *common law*, foi acolhida pela Suprema Corte dos Estados Unidos com o intuito de punir aquele que, a fim de auferir vantagens, simula não enxergar a ilicitude da procedência de direitos, bens ou valores. É também conhecida como “a teoria das instruções do avestruz”, animal que enterra sua cabeça a fim de não tomar conhecimento da ilicitude do ato praticado externamente.

Na visão de Nascimento, para a configuração da cegueira deliberada, não é necessário o dolo direito, sendo bastante o dolo eventual. “Como o agente procura evitar o conhecimento da origem ilícita dos valores que estão envolvidos na transação comercial, estaria ele incorrendo no dolo eventual, onde prevê o resultado lesivo de sua conduta, mas não se importa com este resultado”.²⁸

Para essa teoria, o conhecimento efetivo dos elementos objetivos que configuram uma conduta delitiva é equiparado ao desconhecimento intencional. Segundo ela, “*Tal equiparación se basa en la premisa de que el grado de culpabilidad que se manifiesta en quien*

²⁵ MONTEIRO, Taiana Alves. Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, 28 set. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-28/necessario-dolo-especifico-caracterizacao-corrupcao-eleitoral>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à lei 9.613/1998 com as alterações da lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 94.

²⁷ ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea. **J. Crim. L. & Criminology**, v. 81, p. 196, 1990.

²⁸ NASCIMENTO, André Ricardo Neto. **Teoria da cegueira deliberada**: reflexos de sua aplicação à lei de lavagem de capitais (lei n. 9.613/98). 2010. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/800/1/20570516.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2019. p. 41.

conoce no es inferior a la de aquel sujeto que, pudiendo y debiendo conocer, prefiere mantenerse en la ignorancia”.²⁹

Nos Estados Unidos - um dos países onde nasceu essa teoria - a Suprema Corte já a aplicou nos casos de violações de direitos autorais, quando o réu alegara em sua defesa ignorância quanto às violações nos direitos autorais de sua obra. A jurisprudência brasileira já reconheceu a teoria da cegueira deliberada na esfera criminal diversas vezes em crimes eleitorais e crimes de lavagem de dinheiro. O primeiro caso mais emblemático da aplicação da referida teoria no direito brasileiro foi o caso do assalto ao Banco Central do Brasil na capital cearense. A decisão de primeira instância que condenou dois empresários, donos de uma revendedora de automóveis, foi fundamentada na teoria da cegueira deliberada.

Sendo assim, uma grande empresa, embora não saiba a origem delituosa dos bens a qual acresce valor em sua cadeia de fornecimento e com os quais lucra sobremaneira, deveria se responsabilizar pelas violações aos direitos humanos ocorridas ao longo da produção desses bens, muito embora a violação tivesse ocorrido no vínculo de suas empresas contratadas. Isso se tivesse todos os elementos para que tomasse conhecimento do fato, mas os tivesse ignorado deliberadamente. De acordo com essa teoria, a ignorância deliberada cria maior grau de certeza a respeito da potencial ilicitude de sua conduta. É o obstáculo criado pelo próprio agente ao seu conhecimento do potencial ilícito que faz com que a conduta se assemelhe à culpa consciente ou ao dolo eventual.

Portanto, a utilização da teoria da cegueira deliberada como fundamento para responsabilização dos atores de violações aos direitos humanos no decorrer da cadeia de fornecimento se apresenta como alternativa viável e bastante coerente com o que de fato se percebe no plano fático. Grandes empresas têm ignorado a origem ilícita das matérias primas e produtos fornecidos a preços reduzidos, à custa de submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravidão (entre outras infrações trabalhistas) e têm lucrado sobremaneira ao crescer valor a esses produtos e matérias primas. Entretanto, apesar dessas empresas serem as principais beneficiadas por tais violações, poucas têm sido responsabilizadas. Dessa maneira, a aplicação da teoria da cegueira deliberada nos casos de violações a direitos humanos ao longo da cadeia de fornecimento, especialmente no que diz respeito ao crime de submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravidão, torna-se uma peça chave no mecanismo de responsabilização dessas empresas, adequando-se perfeitamente às necessidades decorrentes da estruturação produtiva contemporânea.

A prática da cegueira deliberada se relaciona umbilicalmente com a falta do dever de cuidado por parte das empresas (*due diligence*). Dessa forma, é fundamental fixarem-se os contornos do que se consideraria uma *due diligence* para efeitos da proteção da pessoa do trabalhador em esquemas produtivos que envolvam cadeias produtivas.

²⁹ VALLES, Ramon R. I. La responsabilidad penal del testafarro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, p. 15, jul 2008. Disponível em: <<https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/553.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2020.

As origens exatas da expressão *due diligence* não são claras. A definição de diligência volta-se para o conceito de direito romano de *diligentia*, distinguindo dois tipos principais de atividades: *diligentia rebus quam suis*, ou o cuidado que uma pessoa normal deveria adotar na gestão de seus próprios assuntos e, *diligentia exactissima* ou *diligentia boni patrifamilia*, que envolveria um tipo mais amplo e completo de cuidado, normalmente exercido pelo chefe de uma família.³⁰ Durante o mercantilismo, desenvolveu-se articularmente a noção de *due diligence*, em virtude da proliferação de contratos mercantis por meio dos quais se contratava o transporte de determinada mercadoria pertencente a terceiros. Dessa forma, estabeleciam-se mecanismos de *due diligence* para que ficassem claras as responsabilidades de cada uma das partes envolvidas quanto a eventuais danos sofridos no trajeto. Assim, por tradição e influência nítida do direito mercantil, atualmente, realizam-se processos de *due diligence* sempre que alguma transação comercial entre duas ou mais empresas estiver a ponto de ser realizada, como, por exemplo, nos processos de fusão e aquisição.

Na legislação estadunidense, o conceito da “devida diligência” surgiu com esse viés mercantista, a partir do “*security act*” em 1933, que trata da Comissão de Valores Mobiliários. A norma estabelece a necessidade de diligência prévia em defesa de vendedores e compradores na prestação de informações relevantes, a fim de evitar fraudes em procedimentos de venda de empresas. Nesse sentido, a devida diligência pode ser concebida como a metodologia de avaliação prévia e investigação, com a finalidade de minimizar os riscos da atividade empresarial, ou seja, funciona como indicador para orientar as intervenções das empresas e auxiliar no controle da responsabilidade empresarial.

No entanto, é importante fixar a compreensão de que o *due diligence* atualmente observado nos processos mercantis de fusão e aquisição de empresas é substancialmente diverso daquele que vem sendo construído a partir dos postulados da proteção aos direitos humanos. Nessa esfera, o que a prática da devida diligência busca é a garantia do cumprimento dos direitos dos trabalhadores, da proteção ao meio ambiente (aí incluído o meio ambiente do trabalho) e das comunidades adjacentes. Para isso, a avaliação de riscos deve estar associada às suas atividades e reflexos delas nos locais de operação, preferencialmente de forma preventiva, atento ao dever de cuidado. A referida diligência deve gerir os riscos de forma a coibir práticas abusivas aos direitos humanos e ao meio ambiente, sejam estas provenientes das atividades da própria empresa ou de organizações com as quais ela mantenha relações comerciais. Dessa maneira, a prática da devida diligência consiste em identificar os riscos de violações aos direitos humanos decorrentes da atividade empresarial, avaliá-los e remediá-los, tendo em vista um padrão de preservação máximo.³¹

³⁰ ROCHA, Maria Vital da; DIAS, Eliza Cristina Gonçalves. O critério da “*diligentia quam in suis*” no direito romano e no código civil brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC**, São Paulo, v. 6, ano 3, p. 79, jan./mar. 2016.

³¹ RUGGIE, John Gerard. **Just business**: multinational corporations and human rights (norton global ethics series). WW Norton & Company, 2013. p. 24.

O *due diligence*, ou dever de cuidado, surge no direito civil brasileiro por derivação de diversos artigos do Código Civil. A título meramente exemplificativo, cita-se o artigo 866 do CC que prevê a obrigatoriedade do gestor de determinado negócio em utilizar toda sua diligência habitual para a administração deste, ressarcindo o dono na ocorrência de qualquer prejuízo decorrente de culpa na gestão. Ao longo de todo o código, o conceito de “dever de cuidado” pode ser observado no conteúdo normativo de diversos outros artigos.³² O dever de cuidado, aí expresso, se relaciona diretamente com as obrigações de fazer, onde a diligência é o seu mais evidente efeito. Pode-se inferir que os processos relativos à *due diligence*, destinados à proteção dos preceitos do trabalho decente, são os mesmos implícitos nos referidos dispositivos do Código Civil e ao longo do mesmo.

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, é proibido que qualquer pessoa obtenha vantagem ou benefício econômico proveniente de qualquer atividade criminosa, ou seja, é vedado que a exploração desumana do trabalho, em discordância com as normas legais, represente lucro para determinado ente empresarial.

Em decorrência de princípios que norteiam o ordenamento jurídico nacional, tais como a função socioambiental da propriedade e da responsabilidade socioambiental da empresa, tal prática não deve ser estimulada por meio de parcerias comerciais com particulares que prestam seus serviços de distribuição e logística a partir da exploração do trabalho escravo contemporâneo.

Considerando o fio de uma cadeia de produção e fornecimento, quando determinado agente econômico privado estabelece relações estáveis, sejam elas formais ou não, com um distribuidor ou fornecedor que explora sua mão de obra submetendo-a a condições que restrinjam sua liberdade laboral ou que sejam evadas de condições degradantes de trabalho e jornadas exaustivas, ocorre que esse agente econômico passa a se beneficiar do resultado do crime anteriormente cometido. A redução de alguém à condição análoga à de escravo somente é cometida por haver um benefício econômico decorrente dessa prática. Cabe ressaltar que esse benefício só existe porque há um agente de mercado que se propõe a conseguir vantagem na forma de lucro advindo desta prática criminosa. É aí que repousa a importância da *due diligence* por parte das empresas. É o dever de cuidado que tem o condão de fazer com que as empresas se abstenham desta prática e que não auferam lucros dela decorrente. Em outros termos, sem a prática da *due diligence*, o beneficiário final da cadeia incorre em cegueira deliberada, lucrando sobremaneira com o produto da prática criminosa daquele que o antecede.

³² Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, seção 1, Brasília, DF, 2002).

Portanto, exigir que as empresas pautem suas atividades de forma que a prática da devida diligência se torne obrigatória pode representar um avanço no combate a violações de direitos humanos por parte das grandes corporações. Responsabilizar as grandes empresas por violações aos direitos humanos no curso de sua cadeia produtiva quando se constata a prática da cegueira deliberada é condição *sine qua non* para o efetivo combate à prática da escravidão na contemporaneidade.

6. Necessidade de cumprimento dos acordos marco internacionais

Outro argumento que colabora com a atribuição de responsabilidade às grandes empresas multinacionais por submissão de trabalhadores a condições de escravidão contemporânea está relacionado aos alcances e reflexos dos “Acordos Marco Internacionais” (*International Framework Agreements - IFA*).

Os AMIs são acordos entre representantes dos empregados e empregadores isolados, iniciados e promovidos pela Federação Sindical Internacional (FSI), que é o guarda-chuva internacional sob o qual estão os sindicatos nacionais e regionais de setores específicos da indústria ou grupos ocupacionais [...] O primeiro AMI foi assinado em 1988. No final de 2010 havia 76 AMIs assinados, sendo que 90% deles foram negociados por quatro FSIs, sob a gestão central das ETNs, a grande maioria das quais tem sua matriz na União Europeia.³³

Os Acordos Marco Internacionais (AMIs), portanto, são documentos que resultam de negociação entre as Federações Sindicais Internacionais (FSIs) e as Empresas Transnacionais (ETNs). Se de um lado, os trabalhadores entendem que os AMIs são maneiras de internacionalizar a relação entre eles e a direção da empresa, as transnacionais percebem nessas normativas um elemento de sua estratégia na responsabilidade social empresarial. Desta forma, na medida em que as empresas transnacionais cruzam as fronteiras políticas estatais e desenvolvem estratégias negociais ao redor do globo, a relação entre o capital e o trabalho requer que a defesa dos direitos dos trabalhadores também seja exercida em nível global. Ao estabelecer um conjunto de normas e regras a respeito da rede global de produção e suas cadeias de fornecimento a serem seguidas pela empresa, os AMIs podem desempenhar a função de coibir excessos e violações aos direitos humanos por parte das empresas.

“Indiscutivelmente, uma das inovações mais importantes dos AMGs é que eles permitem que os sindicatos controlem a cadeia de fornecimento global, estendendo assim os

³³ ARRUDA, Lilian; FICHTER, Michael; HELFEN, Markus; SYDOW, Jorg. Acordo marco internacional: uma ferramenta para garantir os direitos fundamentais no trabalho em um mundo globalizado? **Aportes do Brasil - Friedrich Ebert Stiftung**, n. 44, p. 14, dez. 2012. Disponível em: <<https://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/09532.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

direitos trabalhistas (fundamentais) para além das fronteiras nacionais”³⁴, segundo exposto por Hammer.³⁵ Vidal também vê nos AMGs aspectos positivos, já que representam o compromisso das empresas com o respeito aos direitos trabalhistas em qualquer lugar do mundo onde operem.³⁶ Além do mais, Vidal explica que os acordos marco-globais são resultados de maior diálogo social, diferente dos códigos de conduta das empresas, que não significam adequada proteção aos trabalhadores. Por esse motivo, em sua análise, os AMGs têm maior potencial de serem instrumentos de regulação do trabalho em cadeia global.³⁷

Em estudo intitulado “Acordo Marco Internacional: uma ferramenta para garantir os direitos fundamentais no trabalho em um mundo globalizado?”, realizado por uma equipe acadêmica multidisciplinar por um período de três anos, avaliou-se a importância dos Acordos Marco Globais como ferramentas no âmbito da governança privada, de garantia de normas comuns mínimas nas relações trabalhistas das grandes empresas transnacionais e suas redes internacionais de produção.³⁸ Referido estudo analisou AMIs assinados por sete empresas de diversos setores, sendo aqui apresentadas as quatro de maior relevância: 1. borracha, empresa Rubbercorp; 2. metalúrgico, empresa Metalcorp; 3. construção civil, empresa Construcorp; 4. setor químico, empresa Chemcorp, entre outras. Esses AMIs sempre incluem, além de seus trabalhadores com vínculos diretos, os trabalhadores de suas subsidiárias e contratadas de toda a sua cadeia de produção. Uma das conclusões desse estudo foi que os AMIs representam um importante instrumento para atribuição de responsabilidade às grandes empresas pelo cometimento de violação aos direitos humanos.

Entretanto, a simples assinatura do acordo não basta para coibir tais violações. Segundo exposto no referido estudo, representa uma etapa importante, necessitando acompanhamento de fiscalização trabalhista para verificar o cumprimento desses acordos, um sistema judicial trabalhista que funcione para garantir sua implementação e uma legislação que garanta aos trabalhadores um patamar civilizatório mínimo. De acordo com esse relatório, o procedimento da assinatura dos AMIs deve vir acompanhado de legislação trabalhista que garanta os direitos básicos a serem observados pelas empresas transnacionais ao redor do globo.

³⁴ Tradução livre do original: “*Arguably, one of the most important innovations of IFAs is that they allow trade unions a grip on the global supply chain, thereby extending (core) labour rights beyond national borders*”.

³⁵ HAMMER, Nikolaus. International framework agreements: global industrial relations between rights and bargaining. **Transfer: European Review of Labour and Research**, London, v. 11, n. 4, p. 525, 2005.

³⁶ VIDAL, María del Mar Maira. Los acuerdos marco internacionales: sentando las bases de la negociación colectiva de ámbito supranacional. **Lan harremanak - Revista de relaciones laborales**, n. 30, p. 156, 2014. Disponível em: <http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/14183>. Acesso em: 10 abr. 2019.

³⁷ *Ibid.*, p. 138.

³⁸ ARRUDA, Lilian; FICHTER, Michael; HELFEN, Markus; SYDOW, Jorg. Acordo marco internacional: uma ferramenta para garantir os direitos fundamentais no trabalho em um mundo globalizado? **Aportes do Brasil - Friedrich Ebert Stiftung**, n. 44, p. 38, dez. 2012. Disponível em: <<https://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/09532.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

Podemos, portanto, argumentar que os AMIs são uma etapa essencial, porém insuficiente, para garantir a obediência a normas trabalhistas básicas (direitos trabalhistas), e que precisam ser complementados por um marco legal mais abrangente de direitos trabalhistas.³⁹

No Brasil, infelizmente, há pouco conhecimento a respeito aos AMIs, pois poderiam contribuir sobremaneira com a responsabilização de empresas de uma cadeia produtiva, tendo em vista sua plena eficácia jurídica no território nacional garantida pelo artigo 7º, XXVI da Constituição da República. Por ser acordo espontaneamente pactuado entre as partes, encontra-se em absoluta sintonia com a referida disposição constitucional. Tem-se, portanto, no instituto dos Acordos Marco Globais, um caminho a ser perseguido para atribuir às grandes empresas da cadeia de fornecimento o seu quinhão de responsabilidade por submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo.

7. Conclusão

A reforma trabalhista, especificamente a Lei nº 13.429/2017, permite a terceirização como forma de contratação de mão de obra e faz alterar significativamente o mecanismo de responsabilização das empresas por submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravidão. Isso se dá exatamente porque anteriormente à promulgação da Lei, havia os limites estabelecidos pela Súmula nº 331 do TST, que ensejavam a proibição da terceirização na atividade-fim, bem como da subordinação direta. Quando da ocorrência de um desses dois eventos, o vínculo se estabelecia entre a tomadora de serviços e os trabalhadores.

A ampliação da possibilidade de terceirização advinda da lei 13.429/2017 representa obstáculo à política de combate ao trabalho escravo no Brasil. Isso porque, sendo a terceirização da atividade-fim da empresa vedada pela Súmula 331 do TST, bem como a subordinação entre os trabalhadores e o tomador de serviços, quando a Auditoria-Fiscal Trabalhista se deparava com essas situações, ela as classificava como “terceirização ilícita” e reconhecía vínculo empregatício direto entre a empresa principal e os trabalhadores.

Com a promulgação da referida lei, a Súmula 331 do TST, que dava lastro à responsabilização imputada dessa maneira, perdeu sua aplicabilidade. Portanto, alternativas jurídicas devem ser criadas a fim de se responsabilizarem de maneira efetiva aquelas empresas da cadeia de fornecimento que mais lucram com as violações aos direitos humanos, nesse caso, a submissão de empregados a condições de trabalho escravo contemporâneo.

³⁹ ARRUDA, Lilian; FICHTER, Michael; HELFEN, Markus; SYDOW, Jorg. Acordo marco internacional: uma ferramenta para garantir os direitos fundamentais no trabalho em um mundo globalizado? **Aportes do Brasil - Friedrich Ebert Stiftung**, n. 44, p. 38, dez. 2012. Disponível em: <<https://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/09532.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2020

A primeira é a possibilidade de integração do ordenamento jurídico-laboral brasileiro prevista no artigo 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas, utilizando inclusive o direito comparado como fonte do direito pátrio. Nesse sentido, a legislação internacional, a exemplo da Lei francesa que instituiu o “*devoir de vigilance*” naquele país, pode representar um caminho relevante diante do silêncio da legislação brasileira e da lacuna jurídica que se instituiu quanto à responsabilidade das grandes empresas da cadeia de fornecimento em decorrência da Lei nº 13.429/2017.

A teoria da cegueira deliberada já motivou diversas decisões no sentido de atribuir responsabilidade a pessoas físicas e jurídicas no Brasil. Essa teoria, tomada em conjunto com o dever de cuidado (*due diligence*), ambos expressos no ordenamento jurídico nacional, também apontam uma chave de compreensão que permitem atribuir o quinhão de responsabilidade pela prática de trabalho escravo contemporâneo de forma mais adequada, conforme analisado.

Outro caminho para a atribuição da responsabilidade às empresas beneficiárias finais da cadeia de fornecimento assenta suas bases em princípios constitucionais da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana, combinados com a importância do cumprimento de acordos e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, bem como das diretrizes e orientações das organizações internacionais das quais o Brasil faça parte. A exemplo do que se analisou aqui, a responsabilização com base nas Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais, na Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social da OIT e nos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas representam uma necessidade que se apresenta depois da reforma trabalhista.

Na medida do possível, os AMGs, também chamados de Acordo Marco Internacionais, quando existentes naquele setor específico, e quando fizerem alusão à responsabilização em cadeia e à necessidade de *due diligence* por parte das empresas signatárias, também significam importante mecanismo de atribuição de responsabilidade.

A manutenção da responsabilização das grandes empresas, beneficiárias finais de uma cadeia de fornecimento, e as que mais lucram em decorrência da prática criminosa, são condição *sine qua non* do combate ao trabalho escravo contemporâneo em um mundo globalizado em que a cadeia produtiva se espalha ao redor do globo e tende a se pulverizar e se ramificar cada vez mais. A impossibilidade de se estabelecer tal responsabilização com base no conceito de “terceirização irregular”, decorrente da aprovação da Lei nº 13.429/2017 que autoriza a terceirização na atividade-fim das empresas e torna sem efeito a Súmula nº 331 do TST cria a necessidade de se estabelecer tal responsabilização por meio de outras vias. Algumas delas analisadas neste artigo. O princípio da vedação do retrocesso requer a manutenção da possibilidade desta responsabilização, sob pena de se tornarem inócuas as políticas de combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil.

Referências

ARMANDO, Eduardo; FISCHMANN, Adalberto Américo; CARVALHO, Marly Monteiro de. Cadeias produtivas globais e competitividade internacional: um estudo de múltiplos casos em confeccionados têxteis. **ANPAD**, p. 1-17, 2005. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/enanpad2005-eso-0632.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

ARRUDA, Lílian; FICHTER, Michael; HELFEN, Markus; SYDOW, Jorg. Acordo marco internacional: uma ferramenta para garantir os direitos fundamentais no trabalho em um mundo globalizado? **Aportes do Brasil - Friedrich Ebert Stiftung**, n. 44, p. 13-39, dez. 2012. Disponível em: <<https://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/09532.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à lei 9.613/1998 com as alterações da lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 84-106.

BARBIERI, Catarina Helena Cortada; SCABIN, Flávia; PASQUA, Juliana Silva; IZIDORO, Leila Giovana. Limites e possibilidades da intersecção entre direitos humanos e empresas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 284-292, mai./ago. 2018. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n2/1808-2432-rdgv-14-02-0284.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia. **Ponto de contato nacional Brasil (PCN)**. Brasília: Secretaria Executiva da Câmara de Comércio Exterior, 2019. Disponível em: <www.pcn.fazenda.gov.br/diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais>. Acesso em: 25 mar. 2019.

BUSINESS HUMAN RIGHTS. **Grupo de trabalho das nações unidas sobre empresas e direitos humanos - mandato**. [s.d.]. Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/en/node/88106>>. Acesso em: 5 mar. 2019.

CARVALHO, José Carlos. O Brasil e as empresas transnacionais: os novos rumos para a transnacionalização das empresas nacionais. **Scientia Iuris**, v. 15, n. 1, p. 89-104, 2011.

DAILLIER, Patrick; PELLET, Allain; QUOC DINH, Nguyen. **Direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2000. p. 627.

GLOBAL JUSTICE NOW. **Lista das entidades econômicas**. [s.d.]. Disponível em: <https://docs.google.com/spreadsheets/d/12Jdgaz_qGg5o0m_6NCU_L9otur2x1Y5NgbHL26c4rQM/edit#gid=1364122473>. Acesso em: 3 mar. 2019.

HAMMER, Nikolaus. International framework agreements: global industrial relations between rights and bargaining. **Transfer: European Review of Labour and Research**, London, v. 11, n. 4, p. 511-530, 2005.

HOMA. Centro de Estudos de Direitos Humanos e Empresas (org.). Editorial. In: **Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas**, Juiz de Fora, Homa, v. 1, 2016.

LEGI-FRANCE. Le service public de la diffusion du droit. **Observations du gouvernement sur la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre**. 2017. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=B2D28DE85CE9CF83A>>

F74562A77E49AF8.tplgfr33s_3?cidTexte=JORFTEXT000034290672&dateTexte=29990101>. Acesso em: 11 abr. 2019.

MONTEIRO, Taiana Alves. **Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil**. *Revista Consultor Jurídico*, 28 set. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-28/necessario-dolo-especifico-caracterizacao-corrupcao-eleitoral>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

NASCIMENTO, André Ricardo Neto. **Teoria da cegueira deliberada**: reflexos de sua aplicação à lei de lavagem de capitais (lei n. 9.613/98). 2010. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/800/1/20570516.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

REPÓRTER BRASIL. **Dados sobre trabalho escravo no Brasil**. [s.d.]. Disponível em: <<https://reporter-brasil.org.br/dados/trabalhoescravo/>>. Acesso em: 3 mar. 2019.

ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea. *J. Crim. L. & Criminology*, v. 81, p. 179-196, 1990.

ROCHA, Maria Vital da; DIAS, Eliza Cristina Gonçalves. O critério da "diligentia quam in suis" no direito romano e no código civil brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC*, São Paulo, v. 6, ano 3, p. 75-88, jan./mar. 2016.

RUGGIE, John Gerard. **Just business**: multinational corporations and human rights (norton global ethics series). WW Norton & Company, 2013.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. **Relatora da ONU destaca lei contra escravidão como referência mundial**: medida cassa ICMS de empresas flagradas com trabalho escravo. 2013. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=337165>>. Acesso em: 3 mar. 2019.

VALLES, Ramon R. I. La responsabilidad penal del testaferrero en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, p. 11-29, jul 2008. Disponível em: <<https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/553.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2020.

VIDAL, María del Mar Maira. Los acuerdos marco internacionales: sentando las bases de la negociación colectiva de ámbito supranacional. *Lan harremanak - Revista de relaciones laborales*, n. 30, p. 137-162, 2014. Disponível em: <http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/14183>. Acesso em: 10 abr. 2019.

ZUBIZARRETA, Juan Hernández. **Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos**: historia de una asimetría normativa: de la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales. Bilbao: Universidad del País Vasco, Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional (Hegoa), 2009.



**ARTIGOS
VENCEDORES
DO CONCURSO DE
ARTIGOS JURÍDICOS**

PARTE IV

OS LIMITES DO DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE: A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE A LEI DE ANISTIA BRASILEIRA

DAILOR DOS SANTOS*

SUMARIO: 1. Introdução; 2. A lei da anistia de 1979: o (imaginado) acordo nacional; 3. A interpretação da lei da anistia de 1979 segundo o supremo tribunal federal: a reafirmação do acordo nacional e a negação do direito à memória; 4. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Em abril de 2010 o Supremo Tribunal Federal – STF julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF (ADPF/153), que discutia os limites da Lei da Anistia – Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 – sancionada por João Figueiredo, último presidente que ocupou o poder durante o período ditatorial militar brasileiro. Decidiu a Corte Constitucional que a Lei da Anistia foi recebida pela Constituição Federal, restando cabível a extensão que fez entre crimes políticos e outros com eles relacionados ou praticados por motivação política.

A decisão da Corte Constitucional, todavia, resta continuamente desafiada: no mesmo ano, em novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso *Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, afirmou que leis de anistia não podem vedar a plena afirmação do Direito à Memória e também não devem servir como justificativa para impedir a responsabilização civil e penal dos agentes estatais que atentaram contra Direitos Humanos; em 2017 a empresa Volkswagen assumiu publicamente ter contribuído, mesmo após a Lei da Anistia de 1979, com as práticas abusivas do regime ditatorial militar brasileiro, o que indica o cenário de extrema violência em que restou concebida a Lei da Anis-

* Professor de Direito Constitucional e de Direito Administrativo da Universidade Feevale (Porto Alegre-RS, Brasil). Doutorando em Direito Público junto à Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Chefe de Gabinete na Justiça Federal (Tribunal Regional Federal da 4ª Região).

tia; em março de 2018 a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o *caso Herzog vs. Brasil*, definiu que a anistia brasileira não implica a superação do Direito à Memória e determinou que o estado brasileiro proceda à investigação e punição, inclusive penal, dos agentes estatais que violaram Direitos Humanos durante a ditadura militar; em maio de 2018 veio à tona o teor de um memorando enviado em 1974 pelo diretor da CIA ao secretário de Estado norte-americano Henry Kissinger comprovando que a cúpula do regime militar tinha pleno conhecimento das execuções sumárias realizadas por agentes estatais.

O somatório desses eventos indica, paradoxalmente, que é a própria afirmação do Direito à Memória, em sua contínua e cíclica reescrita do passado, quem confronta o entendimento adotado pelo STF. Delineia-se, então, o problema de pesquisa que guiará o caminho a ser percorrido: de que modo o julgamento da ADPF/153 pode ser avaliado a partir de uma Crítica Hermenêutica do Direito, e sob quais perspectivas a decisão proferida permite compreender o entendimento da Corte Constitucional brasileira sobre o Direito à Memória?

Evidencia-se, assim, o objetivo do presente estudo: analisar se os critérios adotados no julgamento da ADPF/153 pelo STF atentaram aos limites impostos pela Crítica Hermenêutica do Direito e de que modo a decisão proferida explicitou a compreensão da Corte Constitucional sobre o Direito à Memória.

Para o enfrentamento do problema proposto, o estudo centrará o seu foco em dois rumos. Em um primeiro momento, serão retomados os limites históricos em que restou concebida a Lei da Anistia. Dois casos atuais e de grande repercussão no entendimento da ditadura militar – *Memorando Kissinger e Caso Volkswagen* – serão examinados, pois permitem, ainda hoje, avaliar o (des)acerto da avaliação histórica do STF sobre o momento em que elaborada a Lei da Anistia. Em um segundo momento, a decisão do STF será examinada a partir do entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que ao julgar os casos *Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia)* e *Herzog* determinou ao Estado brasileiro a apuração e responsabilização dos agentes estatais que violaram Direitos Humanos, independentemente das disposições da Lei da Anistia. Será o momento, então, de submeter a decisão da ADPF/153 a uma análise a partir dos critérios que orientam a Crítica Hermenêutica do Direito. Para os fins pretendidos pelo presente estudo, adotar-se-á preponderantemente o método de pesquisa bibliográfica, tomando-se como parâmetro de abordagem o método fenomenológico-hermenêutico, pois é a partir do conceito-chave de círculo hermenêutico (pré-compreensão) que pode ser (re)avaliada a decisão do STF a partir da Constituição Federal de 1988.

2. A Lei da Anistia de 1979: o (imaginado) acordo nacional

As análises sobre os limites da Lei da Anistia sancionada no Brasil em agosto de 1979¹, principalmente diante da decisão do Supremo Tribunal Federal – STF ao julgar a Ar-

¹ BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm>. Acesso em: 23 maio 2019. Para os fins do presente

guição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 153/DF, em abril de 2010², não são escassas³. As diversas compreensões da Lei da Anistia, contudo, pecam em sua generalidade por dar menor relevância a circunstâncias decisivas e conformativas da própria dinâmica burocrática do governo ditatorial. São particularidades que antecederam à anistia e a ela deram significado, enfraquecendo a ideia de que a anistia se caracterizou como um acordo nacional necessário à implantação da ordem constitucional democrática. Dois fatores de significação da ditadura militar brasileira usualmente subvalorizados merecem um olhar mais detido.

O primeiro fator: o regime militar consistiu em um aparato burocrático de governo que, apesar de ditatorial, mostrava-se extremamente preocupado com a sua legitimação jurídica. O considerável número de *Atos Institucionais* demonstra o interesse do regime militar em dar respaldo jurídico à sua atuação política. Essa perspectiva define a Lei da Anistia como uma autoanistia.

O segundo fator: a extrema violência admitida e praticada por agentes estatais e por civis durante o período ditatorial confluiu de modo decisivo no caminho tomado pela Lei da Anistia e nos limites da própria redemocratização no Brasil. Afinal, a reconciliação que a anistia prometia erigia-se à sombra das ameaças que o regime ditatorial ainda incutia na sociedade.⁴

estudo importa o teor do art. 1º da Lei da Anistia de 1979 e de seus dois primeiros parágrafos: “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. § 2º - Excetua-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal”.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 153**. Argte.: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Argdos.: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 23 maio 2019.

³ Quatro estudos sobre a Anistia brasileira de 1979 congregam a totalidade das abordagens conferidas ao tema: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MEYER, Emilio Peluso Neder. Lei da Anistia, História Constitucional e Hermenêutica: O Brasil entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 20, 2011, Vitória. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 11170-11196.; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert (Orgs.). **Justiça de Transição no Brasil – Direito, Responsabilização e Verdade**. São Paulo: Saraiva, 2010; MEYER, Emilio Peluso Neder. **Ditadura e Responsabilização: Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes, 2012 e, por fim, em especial em sua primeira parte, SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson (Orgs.). **O que resta da ditadura**. São Paulo: Boitempo, 2010.

⁴ Entendendo as anistias como políticas necessárias à afirmação democrática, justamente em razão do apaziguamento sugerido aos ditadores: SNYDER, Jack; VINJAMURI, Leslie. *Trials and Errors: Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice*. **International Security** – Belfer Center for Science and International Affairs – Harvard University, Cambridge, v. 28, n. 3, p. 5-44, 2004.

A legitimação jurídica buscada pelo regime ditatorial militar fez-se presente desde o instante inicial do golpe de 1964⁵. É emblemático, quanto a isso, o texto do Ato Institucional nº 1, de abril de 1964 (AI-1), segundo o qual o governo militar, pelo próprio golpe de estado, estabelece “o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro”⁶. Por meio do AI-1, a ditadura militar que toma o poder no Brasil em 1964, investe-se no exercício do Poder Constituinte, que “se manifesta pela eleição popular ou pela revolução” e expressamente admite que “se legitima por si mesma”, já que se trata de ato revolucionário⁷.

O protagonismo jurídico objetivado desde o princípio pelo regime ditatorial traduz-se em uma contínua busca de legitimação, como se a tomada do poder, alheia à ordem constitucional de 1946, pudesse ser convalidada a partir de novas deliberações normativas editadas pela própria ditadura: é particularidade própria de totalitarismos e ditaduras avocar para si uma autoridade externa e superior ao próprio poder que é exercido, como meio de justificá-lo⁸.

Todos os demais Atos Institucionais⁹, sinais distintivos da busca de legitimação da ditadura militar, dão significado a um corpo normativo maior, consubstanciado na contínua edição de novos Atos durante o período do golpe. Foram editados, ao todo, 17 Atos Institucionais durante a ditadura militar, indicando a compreensão jus-política ditatorial.

Qual é o balanço final dos Atos Institucionais? Por meio deles, escancarando as reais intenções políticas do regime ditatorial, permitiu-se, entre outras medidas, a demissão sumária de servidores públicos em nome da segurança nacional, a suspensão dos direitos políticos, a cassação de mandatos legislativos, a vedação da apreciação judicial de ordens

⁵ Embora com enfoque reduzido na apreciação dos limites – e abusos – dos Atos Institucionais que caracterizaram a rotina jurídica da ditadura militar, os dois fatores citados são tratados em SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). **Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado Democrático Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁶ BRASIL. **Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964**. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm>. Acesso em: 23 maio 2019.

⁷ Ibid.

⁸ Sobre as correlações entre totalitarismos, ditaduras e tiranias: ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989 e ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

⁹ O ato institucional mais emblemático é certamente o AI-5, de dezembro de 1968, dada a amplitude das violações de direitos que permitiu: suspensão de direitos políticos, cassação de mandatos eletivos, supressão do *habeas corpus*, imunidade de apreciação judicial dos atos estatais, entre outros (BRASIL. **Ato Institucional nº 5 (AI-5), de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 23 maio 2019).

administrativas e da análise, pelo Poder Judiciário, do teor dos próprios Atos Institucionais, a dissolução dos partidos políticos, a imposição de eleição indireta, a possibilidade de o Poder Executivo decretar o recesso do Congresso Nacional e avocar para si a atividade legislativa, a admissibilidade de intervenção federal em nome da segurança nacional, a supressão do *habeas corpus* para certos crimes (entre eles os cometidos contra a segurança nacional), o julgamento pela Justiça Militar dos crimes contra a segurança nacional e a fixação das penas de banimento e morte.

Vê-se, desse modo, que também a ordem legal é construída pela ditadura a partir de seu caráter instrumental. A norma refletiria o próprio interesse nacional e, assim, imporia ao regime ditatorial a sua irrestrita obediência, em nome de um valor anterior ao poder exercido. A obediência aos Atos Institucionais, ainda que pautados a partir de critérios exclusivos dos ocupantes do poder legitimaria as ações violentas estatais. Nem mesmo a Constituição Federal de 1967 – cuja elaboração foi determinada por outro Ato Institucional (AI-4)¹⁰ – altera essa rotina. Embora tenha ela contemplado um capítulo destinado aos Direitos e Garantias Individuais, admitiu as penas de morte, prisão perpétua e banimento para os casos de subversão, conforme definição a ser dada por lei (art. 150, § 11)¹¹. Também a imposição da pena de morte pela Constituição Federal aos casos de guerra revolucionária ou subversiva foi imposição de um Ato Institucional (AI-14) de setembro de 1969¹².

Em uma compreensão tão precária do próprio Direito, visto apenas em seu caráter instrumental e legitimador da atuação abusiva do Estado¹³, a violência concreta do próprio Estado, evidenciada em torturas, desaparecimentos forçados, sequestros, assassinatos, prisões ilegais, entre outras práticas abusivas¹⁴, tornou-se expediente disseminado na atuação estatal durante a ditadura militar brasileira.

¹⁰ BRASIL. **Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966**. Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-04-66.htm>. Acesso em: 23 maio 2019.

¹¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm#art150%C2%A711>. Acesso em: 23 maio 2019.

¹² BRASIL. **Ato Institucional nº 14, de 5 de setembro de 1969**. Dá nova redação ao parágrafo 11 do artigo 150 da Constituição do Brasil, acrescentando que não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento ou confisco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar - esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na administração pública direta ou indireta. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-14-69.htm#art1>. Acesso em: 23 maio 2019.

¹³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

¹⁴ O próprio Estado brasileiro reconheceu a adoção de práticas violentas (BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e à memória**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.). Contudo, nenhum relato se fez tão contundente – certamente porque foi elaborado à época dos acontecimentos – como o da Arquidiocese de São Paulo (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: nunca mais**. 37. ed. Prefácio de Dom Paulo Evaristo Arns. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.).

Foi sobre as sombras dessa dúplice atuação, focada na legitimação da ditadura pelo Direito e no uso de violência estatal, que o regime ditatorial militar admitiu a construção da anistia política de 1979. Todavia, antes disso a ditadura já tinha em mente os limites da própria anistia futura: “Quando o marechal Ademar de Queirós assumiu a presidência da Petrobras, em abril de 1964, recomendou que se suspendessem as demissões sumárias de comunistas pois eles acabariam reintegrados nas asas de uma anistia. Como eram procurados pela polícia, deveriam ser demitidos por abandono de emprego”¹⁵. A anistia de 1979 passou a ser concebida na intimidade do poder antes mesmo da mobilização orquestrada pelo Movimento Feminino pela Anistia, fundado por Therezinha de Godoy Zerbini a partir de 1975¹⁶. O próprio regime sabia, de antemão, o que e quem anistiar.

O transcurso do plano da anistia de 1979 indica de modo claro que mesmo os repatriados pelo regime em 1978 (alguns exilados que puderam retornar ao Brasil, inclusive a partir de ordens judiciais do extinto Tribunal Federal de Recursos) submetiam-se a um contínuo controle do Estado; a eles se impunha, assim que ingressavam no Brasil, a resposta a um questionário que incluía, entre outras perguntas, o esclarecimento sobre se haviam ouvido críticas ao Brasil, ao seu governo ou ao seu regime¹⁷.

Houve, portanto, um “simulacro de legalidade instaurado a partir dos Atos Institucionais”¹⁸, ao que se seguiu, como rotina – e receio –, a prática de violências estatais contra supostos adversários do regime ditatorial, especialmente torturas, assassinatos, ocultação de cadáveres e desaparecimentos forçados¹⁹. Essa conjugação de fatores, presente desde o início do golpe militar, em 1964, e que perdurou até o momento em que a democracia foi reestabelecida no Brasil (no mínimo até 1985, ano em que restou aprovada a eleição direta para presidente, como consequência do movimento *Diretas Já* do início da década de 80), passando inclusive pela questão dos *repatriados*, em 1978, aponta para a precariedade da construção política da anistia.

O próprio movimento *Diretas já*, que ocorreu nos anos de 1983 e 1984, ou seja, após a Lei da Anistia de 1979, foi alvo de repressão estatal²⁰. Antes disso, em 30.04.1981, também após a anistia de 1979, houve a participação direta de agentes da ditadura na explosão

¹⁵ GASPARI, Elio. **A Ditadura Acabada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016. p. 84.

¹⁶ GASPARI, Elio. **A Ditadura Acabada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016. p. 86.

¹⁷ GASPARI, Elio. **A Ditadura Acabada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016. P. 91.

¹⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição**: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 93.

¹⁹ Violências relatadas e reconhecidas pelo próprio estado brasileiro, por sua Comissão Nacional da Verdade. In: BRASIL. Comissão Nacional da Verdade - CNV. **Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>>. Acesso em: 23 maio 2019.

²⁰ GASPARI, Elio. **A Ditadura Acabada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016. p. 265-311.

de uma bomba em um veículo no estacionamento do Riocentro onde ocorria evento comemorativo de 1º de maio²¹. A ameaça da continuidade de violências era um receio presente.

Posteriormente à decisão do STF na ADPF/153, em abril de 2010, novos fatos – indicativos da seletividade inerente aos processos de rememoração política²² – aguçaram a problemática acerca da Lei da Anistia.

De um lado, restou comprovada a participação de civis junto à repressão ditatorial, perspectiva insuperável a partir da divulgação oficial em 2017, pela própria Volkswagen, em relatório produzido a partir de denúncias da Comissão Nacional da Verdade²³, de sua cooperação com a ditadura brasileira entre 1964 e 1985²⁴. Trata-se do *Caso Volkswagen*. Admitiu a empresa que o golpe de 1964 foi avaliado como positivo aos seus interesses econômicos, aceitando a ditadura como uma situação inevitável em face da realidade social brasileira. Assim, apesar de suscitar dúvidas a esse respeito, admitiu ter oferecido apoio material ao DOI-CODI (Destacamento de Operações de Informação – Centro de Operações de Defesa Interna), órgão de repressão estatal.

A colaboração da empresa compreendia o monitoramento das atividades dos empregados, o que facilitou a prisão de no mínimo sete funcionários, embora soubesse ela da prática de torturas pelo regime ditatorial. Além disso, reconheceu a Volkswagen ter demitido empregados em 1980 (após a Lei da Anistia) em razão de suas atividades sindicais, além de haver participado do intercâmbio de informações, com o governo ditatorial, daqueles tidos como politicamente indesejados. Somente em 2017, apesar das denúncias prévias, veio à tona a comprovação da inequívoca participação de uma empresa de grande porte com a ditadura.

Além do *Caso Volkswagen*, em maio de 2018 veio à tona o teor de um memorando de 11 de abril de 1974, enviado pelo diretor da CIA, agência de inteligência norte-americana, para o então secretário de Estado, Henry Kissinger²⁵. Seu resumo é esclarecedor: “Decisão do Presidente do Brasil, Ernesto Geisel, de continuar a execução sumária de subversivos perigosos sob certas condições” (tradução nossa)²⁶.

²¹ GASPARI, Elio. **A Ditadura Acabada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016. p. 195.

²² POLLACK, Michael. Memória, Esquecimento, Silêncio. **Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 3-15, 1989.

²³ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade - CNV. **Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>>. Acesso em: 23 maio 2019.

²⁴ KOPPER, Christopher. **A VW do Brasil durante a Ditadura Militar brasileira 1964-1985: uma abordagem histórica**. Bielefeld, 2017. 120p. Disponível em: <<http://www.vwbr.com.br/ImprensaVW/file.axd?file=/2017/12/Relatorio.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2019.

²⁵ USA – United States of America. Department of State. **Memorandum From Director of Central Intelligence Colby to Secretary of State Kissinger**. Washington, 1974. Disponível em: <<https://history.state.gov/historical-documents/frus1969-76ve11p2/d99>>. Acesso em: 23 maio 2019.

²⁶ “Decision by Brazilian President Ernesto Geisel To Continue the Summary Execution of Dangerous Subversives Under Certain Conditions”. USA, *Ibid*.

O texto do *Memorando Kissinger* indica que o presidente brasileiro à época, Ernesto Geisel (presidente entre 1969 e 1974), admitia a continuidade das execuções sumárias de subversivos perigosos. Além disso, informa que era do conhecimento de Geisel a execução de cerca de 104 pessoas, prática que foi apoiada pelo General João Baptista Figueiredo, que seria o próximo – e último – presidente a ocupar a chefia do Poder Executivo no regime ditatorial (presidente entre 1979 e 1985)²⁷.

Entende-se, assim, que “a anistia surgia como uma espécie de ‘dádiva’ dos governantes e não uma conquista dos brasileiros”²⁸. Assim, autoanistias – como é o caso da Lei da Anistia de 1979 – são perigosas não apenas porque admitem a fixação de desculpas ou pretextos para evitar responsabilidades em face da violação a direitos humanos (v.g. o anunciado *acordo nacional*, a *retomada democrática* ou a *conciliação nacional*), mas também porque dificultam a possibilidade de uma memória construída politicamente, para a qual a participação democrática faz-se imprescindível²⁹, deve necessariamente se alicerçar na participação democrática, a partir de critérios constitucionais.

Com efeito, a recuperação da totalidade das reminiscências como componente da memória em seu significado político é defendida por Tzvetan Todorov ao criticar o uso da rememoração como vingança³⁰. Para ele, faz-se temerário eleger um fator mais singular ou de maior importância a justificar a adoção de políticas de memória; também não seria cabível a defesa de um Direito à Memória somente para determinados fatos ou para certas pessoas ou grupos. A busca da memória, assim, seria plural, aberta à totalidade dos discursos sobre o passado e não teria sentido em si mesma, abrindo-se também à própria alteridade³¹.

Não há como ignorar, a partir, dos citados casos *Volkswagen* e *Memorando Kissinger*, que as narrativas históricas continuamente se atualizam, indicando espaços de discurso em aberto que paulatinamente passam a ser ocupados por ramificações da memória aparentemente inexistentes. A existência de “memórias subterrâneas”, expressão empregada por Michael Pollack³², desafia os discursos sobre a própria verdade e acena com a disputa sobre

²⁷ “[...] General Milton said that about 104 persons in this category had been summarily executed by the CIE [Army Intelligence Center – CIE] during the past year or so. Figueiredo supported this policy and urged its continuance [...]”. In: USA – United States of America. Department of State. **Memorandum From Director of Central Intelligence Colby to Secretary of State Kissinger**. Washington, 1974. Disponível em: <<https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1969-76ve11p2/d99>>. Acesso em: 23 maio 2019.

²⁸ MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas conseqüências: um estudo do caso brasileiro**. São Paulo: FAPESP, 2006. p. 57.

²⁹ Explicitando a importância que anistias, aliadas a modelos de julgamento de crimes contra os direitos humanos, podem ter para assegurar o processo democrático em Estados que buscam superar regimes de exceção: OLSEN, Trícia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. Equilibrando Julgamentos e Anistias na América Latina: Perspectivas Comparativa e Teórica. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília, n. 2, p. 152-175, jul/dez 2009. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2010revistaanistia02.pdf/view>>. Acesso em: 23 maio 2019.

³⁰ TODOROV, Tzvetan. **Los abusos de la Memoria**. Barcelona: Paidós, 2000.

³¹ CATROGA, Fernando. **Memória, História e Historiografia**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015.

³² POLLACK, Michael. Memória, Esquecimento, Silêncio. **Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 3-15, 1989.

a significação do passado (isso sintetiza a face política da memória). Isso constitui outra face da composição política da memória, indicativa da necessidade de uma contínua “revisão (auto)crítica do passado”³³ pelos dirigentes políticos. Os casos *Volkswagen* e *Memorando Kissinger* são as provas mais atuais dessa dinâmica plural e dialética da memória política.

Segundo Paul Ricoeur, a memória atualiza a própria história³⁴. Desse modo, a afirmação do Direito à Memória tem a perspectiva – também a partir de relatos subterrâneos – de reconfigurar os discursos oficiais sobre a anistia. O passado, em síntese, não pode ser limitado por um texto legal. Não há, como quis a Lei da Anistia, um marco zero ou um ponto de partida para o futuro. O passado persiste em contínua (trans)formação. Essa deficitária compreensão da fenomenologia da memória é o que mitiga as pretensões de uma anistia que intenta abandonar o passado. Assim, a Lei da Anistia contribuiu para enfraquecer a significação reclamada pela memória, seja como anúncio de um direito humano à memória³⁵, seja como postulado ético de justiça³⁶.

Além disso, nem mesmo a anistia tudo pode ignorar. A prática de tortura, para tomar um único exemplo, não pode(ria), em uma apreciação pautada em critérios constitucionais, ser considerada como crime político e ganhar proteção da Lei da Anistia. Somente crimes políticos podem se sujeitar ao alcance da anistia, pois são eles que delimitam os fatos e as consequências que sinalizam a mudança do regime político. Admitir a ampliação do espectro da Lei da Anistia, para que atinja crimes que não possuem significado político, equivale a aceitar uma proteção insuficiente dos direitos humanos das vítimas do regime militar³⁷.

3. A interpretação da Lei da Anistia de 1979 segundo o Supremo Tribunal Federal: a reafirmação do acordo nacional e a negação do direito à memória

O Supremo Tribunal Federal – STF teve a oportunidade de analisar, em abril de 2010, a adequação constitucional da Lei da Anistia brasileira. A ação, consubstanciada na Argui-

³³ POLLACK, Michael. Memória, Esquecimento, Silêncio. *Estudos Históricos*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 3-15, 1989. p. 3.

³⁴ RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2007. passim.

³⁵ DORNELLES, João Ricardo W. Direitos Humanos e a Justiça Ética da Memória: Uma perspectiva das vítimas. IN: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé (Org.). *Justiça e Memória: Direito à justiça, memória e reparação – a condição humana nos estados de exceção*. São Leopoldo: Casa Leiria: Passo Fundo: IFIBE, 2012, p. 167-176.

³⁶ TIMM DE SOUZA, Ricardo. “Ecos das vozes que emudeceram”: memória ética como memória primeira. IN: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé (Org.). *Justiça e Memória: para uma crítica ética da violência*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 113-119.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. A Lei de Anistia, a Constituição e os Direitos Humanos no Brasil – Lenio Streck Responde. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília, n. 2, p. 24-28, jul/dez 2009. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2010revistaanistia02.pdf/view>>. Acesso em: 23 maio 2019.

ção de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF³⁸, foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e questionou, a partir de uma perspectiva jurídica instaurada com a Constituição de 1988, a extensão da anistia aos crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

A decisão do STF, por maioria, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, não albergou nenhum dos argumentos suscitados. Seu relator, o Ministro Eros Grau, estabeleceu as premissas que conduziram à rejeição do pedido da ADPF/153. Para Eros Grau, a atividade interpretativa a ser conferida à Lei da Anistia “se dá no quadro de uma situação determinada” e demanda a aceitação de que as normas resultantes da interpretação “dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem”³⁹. Para ele, a Lei da Anistia poderia contemplar, sem ofensa à isonomia, crimes políticos ou conexos a eles, desigualmente. A razão disso residiria nos próprios critérios da anistia, politicamente concebida e cujo texto – e não a norma – seria de livre elaboração e poderia, assim o desejando, objetivar uma anistia isonômica ou pautada a partir de critérios de desigualdade. Afirma que a extensão da Lei da Anistia aos crimes comuns não apresentaria ofensa à Constituição Federal, pois a equiparação se dá a partir da relação que eles apresentam com crimes políticos. Explicita que essa mesma correlação ocorreu em anistias pretéritas, a indicar a inerente posição bilateral a definir a própria anistia e o inclusive apontando o caráter cordial do povo brasileiro: “crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei”⁴⁰.

A partir disso emerge o eixo principal do Voto condutor do Acórdão: o entendimento de que a Lei da Anistia constitui uma *lei-medida*, ou seja, uma medida legislativa, possível à época e necessária para a transição democrática, que estaria imune à ideia de que “o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente”⁴¹. A interpretação de leis-medida, assim, estaria vinculada à “realidade no e do momento his-

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 153**. Argte.: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Argdos.: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 23 maio 2019.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 153**. Argte.: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Argdos.: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 23 maio 2019.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 153**. Argte.: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Argdos.: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 23 maio 2019. p. 26.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 153**. Argte.: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Argdos.: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 23 maio 2019. p. 30.

tórico no qual ela foi editada, não a realidade atual⁴², não competindo ao Poder Judiciário reescrever os limites da anistia politicamente conquistada à época.

À decisão do STF podem ser apontadas, contudo, duas ordens de críticas. A primeira: o posicionamento, ainda atual, da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTEIDH). A segunda: a análise da decisão da Corte Constitucional brasileira a partir da Crítica Hermenêutica do Direito⁴³.

Quanto ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, dois eventos diretamente ligados à Lei da Anistia de 1979 devem ser rememorados. O primeiro: O *caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*⁴⁴, julgado no mesmo ano, 2010, em que o STF decidiu a ADPF/153. O segundo: o julgamento em março de 2018 do *caso Herzog vs. Brasil*⁴⁵. Ambos os casos retomam o caráter subterrâneo de construção da memória política, indicando que a sua formatação é plural e suscetível às variações históricas.

O *caso Gomes Lund* trata do conhecido episódio da *Guerrilha do Araguaia*⁴⁶. Consistiu ele em movimento de resistência armada ao regime ditatorial militar que reuniu, a partir de meados da década de 1960, aproximadamente 70 opositores, aquartelados em florestas no interior do estado brasileiro do Pará. A reação do governo deu-se com o envio de mais de 1.000 agentes e soldados, entre 1972 e 1973, para colocar fim ao movimento oposicionista. Não se tratou, porém, apenas de um conflito armado, pois as ordens dadas pelo governo militar eram específicas e foram cumpridas à risca: exterminar os dissidentes políticos, dos quais restaram poucos sobreviventes. Muitos seguem desaparecidos.

Esse quadro de violência motivou a postulação, pelos familiares das vítimas, sobre o local em que se encontravam os corpos dos desaparecidos políticos. Insatisfeito o pedido junto ao governo brasileiro, foi o pleito deduzido em 1995 perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, por sua vez, submeteu à Corte a demanda contra o Estado brasileiro, o que se deu em face do descumprimento, pelo Brasil, dos prazos para a apresentação de informações sobre a implementação de medidas tendentes a esclarecer os fatos

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 153**. Argte.: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Argdos.: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 29 de abril de 2010. p. 31. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 23 maio 2019.

⁴³ STRECK, **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017. passim.

⁴⁴ Corte Interamericana de Direito Humanos (CORTEIDH). **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil** – Sentença de 24.11.2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 23 maio 2019.

⁴⁵ Corte Interamericana de Direito Humanos (CORTEIDH). **Caso Herzog y Otros vs. Brasil** – Sentença de 15.03.2018. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_esp.pdf>. Acesso em: 23 maio 2019.

⁴⁶ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade - CNV. **Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade**. parte IV, cap. 14. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>>. Acesso em: 23 maio 2019.

referentes à Guerrilha do Araguaia e aos respectivos desaparecidos políticos⁴⁷. A decisão da Corte foi proferida em 24 de novembro de 2010, aproximadamente 7 meses após a decisão do STF no julgamento da ADPF 153/DF.

As conclusões da Corte Interamericana, contrariamente ao que decidiu o STF, apontam para a necessidade de punição dos crimes de lesa-humanidade, superando-se quaisquer remissões a anistias ou excludentes de punibilidade.⁴⁸

Entendeu a Corte Interamericana que o Brasil deve, também em razão da deficitária anistia que pactuou em 1979 e das violências que circundaram a sua elaboração, investigar perante a sua jurisdição ordinária, inclusive penalmente, os responsáveis pelas ofensas a Direitos Humanos no episódio da Guerrilha do Araguaia, bem como apontar o paradeiro das vítimas desaparecidas, tipificar o delito de desaparecimento forçado e indenizar os danos sofridos pelas vítimas e seus familiares.⁴⁹

O entendimento da Corte Interamericana de 2010 foi reafirmado em 2018 no julgamento do *Caso Herzog vs. Brasil*, ocorrido em 15 de março de 2018⁵⁰. O episódio envolvendo o homicídio de Vladimir Herzog em uma cela do DOI-CODI/SP em 1975, que os agentes da ditadura insistiram, à época, em qualificar como suicídio, traduziu-se como uma das mais emblemáticas violências cometidas pela ditadura brasileira⁵¹. A versão inicial de sua morte – suicídio por enforcamento – foi posteriormente afastada, com o reconhecimento, pelo próprio estado brasileiro, de que ele fora assassinado por agentes estatais⁵².

A busca da verdade atinente ao *caso Herzog*, com a consequente responsabilização do estado brasileiro por sua detenção arbitrária e assassinato, constituiu pedido deduzido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em julho de 2009, motivado pela insistência do Brasil em não explicitar os argumentos que motivaram o assassinato de Vladimir Herzog. As recomendações da Comissão não foram acatadas pelo Brasil e, em abril de 2016, o caso foi submetido à apreciação da Corte Interamericana. Suas conclusões e recomendações

⁴⁷ Corte Interamericana de Direito Humanos (CORTEIDH). **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil** – Sentença de 24.11.2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 23 maio 2019.

⁴⁸ Corte Interamericana de Direito Humanos (CORTEIDH). **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil** – Sentença de 24.11.2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 23 maio 2019. p. 8 do Voto de Roberto de Figueiredo Caldas.

⁴⁹ Corte Interamericana de Direito Humanos (CORTEIDH). **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil** – Sentença de 24.11.2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 23 maio 2019. p. 96, item “b”.

⁵⁰ Corte Interamericana de Direito Humanos (CORTEIDH). **Caso Herzog y Otros vs. Brasil** – Sentença de 15.03.2018. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_esp.pdf>. Acesso em: 23 maio 2019.

⁵¹ GASPARI, Elio. **A Ditadura Encurralada**. Rio de Janeiro: Intrínseca. 2014, p. 157-185.

⁵² BRASIL. Comissão Nacional da Verdade - CNV. **Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade**. parte III, cap. 11. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>>. Acesso em: 23 maio 2019.

corroboram o que já havia sido definido na análise do *caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia)*. Assentando que a obtenção da verdade não pode ser suprimida pela edição de Leis de Anistia, a Corte fixou a responsabilidade internacional do Brasil pelo crime cometido, que deverá apurar os efetivos responsáveis pela tortura e morte do jornalista.

Especificamente sobre a Lei da Anistia – em sentido contrário ao que decidiu o STF em 2010 – a Corte Interamericana reafirma que se trata de construção normativa a ser superada, pois impede a investigação e responsabilização de graves violações de Direitos Humanos. Ao retomar as conclusões da Comissão, a Corte Interamericana explicita os nocivos efeitos da anistia ocorrida no Brasil, pois impossibilita a responsabilização estatal pelos atos de violência praticados e impede o acesso à informação sobre os fatos ocorridos.⁵³ A síntese, refutando o entendimento do STF, é contundente: a Lei da Anistia não poderá ser utilizada, no caso Herzog, para impedir a investigação das circunstâncias do crime e a responsabilização de seus autores⁵⁴.

Em relação à apreciação da decisão do STF a partir de uma Crítica Hermenêutica do Direito⁵⁵, pode-se dizer que a interpretação da Lei da Anistia realizada pela Corte Constitucional também se fez de modo equivocado. Não há um grau zero de compreensão e é impossível ao intérprete decidir conforme a sua própria consciência⁵⁶, o que de pronto mitiga a construção realizada pelo Ministro Eros Grau ao julgar a ADPF 153, com suas remissões a um instante de início e fim do passado, ou a construções legislativas e históricas que podem, ou não, situar-se no tempo (a compreensão da Lei da Anistia que, segundo ele, somente poderia se dar a partir do que foi deliberado naquele específico momento histórico). Ao imaginar a possibilidade de retorno do intérprete ao momento de elaboração da Lei da Anistia, ignorou o Ministro relator que “quando se decide juridicamente acerca de um caso do mundo da vida, a decisão resulta de uma compreensão existencial situada no nível de profundidade do *logos hermenêutico*”⁵⁷.

⁵³ Corte Interamericana de Direito Humanos (CORTEIDH). **Caso Herzog y Otros vs. Brasil** – Sentença de 15.03.2018. p. 39. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_esp.pdf>. Acesso em: 23 maio 2019.

⁵⁴ Corte Interamericana de Direito Humanos (CORTEIDH). **Caso Herzog y Otros vs. Brasil** – Sentença de 15.03.2018. p. 39. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_esp.pdf>. Acesso em: 23 maio 2019. p. 96.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. Os equívocos do Supremo Tribunal Federal do Brasil na interpretação da Lei da Anistia. IN: Prittwitz, Cornelius et al. (Org.). **Justiça de Transição: análises comparadas Brasil-Alemanha**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão da Anistia, 2015, p.230-243. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/justica_transicao_analise_comparada_brasil_alemanha.pdf>. Acesso em: 23 maio 2019.

O problema da decisão do STF também reside no apelo a concepções morais que, embora existam, em um Estado de Direito não poderiam exceder os limites que a ordem constitucional – a Constituição de 1988 – estabelece. Logo, as decisões jurídicas devem ser tomadas a partir do Direito e não como mera retórica política ou moral⁵⁸. A insistência do STF com a ideia de a anistia consubstanciar uma lei-medida ignora a historicidade que define o próprio ponto de fala do intérprete. Faz-se impossível ao intérprete – mesmo diante de uma lei-medida – “negar a história, a memória e a tradição...! Contra isso, simplesmente afirmo: só há fatos porque há interpretações e só há interpretações porque há fatos. Trata-se de uma circularidade (hermenêutica)”⁵⁹. Além disso, também o presente, pela tradição, não pode simplesmente desconectar-se do passado, (re)visitado sempre pela ótica do momento atual⁶⁰.

Uma última palavra: logo após o assassinato de Herzog por agentes estatais em 25 de outubro de 1975, o presidente à época, Ernesto Geisel, proferiu um discurso em 27 de outubro do mesmo ano, em que sustentou que “nossa história tem sido incessante afirmação dos valores da cordialidade [...] Quando a violência e o ódio marcam sua presença na história de nossos dias, o Brasil contrapõe, a esse quadro, o espetáculo de sua compreensão humanística da vida”⁶¹. Qualquer semelhança do pronunciamento do presidente militar com o entendimento do STF em 2010 sobre a anistia, 35 anos após um dos mais emblemáticos atos de violência do regime militar, pode (não) ser mera coincidência. Ao afirmar que “Há momentos históricos em que o caráter de um povo se manifesta com plena nitidez. Talvez o nosso, cordial, se desnude na sucessão das frequentes anistias concedidas entre nós”⁶², a Corte Constitucional brasileira demonstra a sua distância da compreensão do Direito à Memória. A pretensa cordialidade do povo brasileiro – que tanto o STF como o regime militar buscaram resgatar – limitou-se a justificar as próprias violências cometidas. O passado político do Brasil segue, portanto, inconcluso e o STF tem, nisso, um melancólico protagonismo.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

⁵⁹ STRECK, **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. op. cit. p. 37 (nota 48).

⁶⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MEYER, Emilio Peluso Neder. Lei da Anistia, História Constitucional e Hermenêutica: O Brasil entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 20, 2011, Vitória. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 11.175.

⁶¹ BRASIL. Biblioteca da Presidência da República. **Discurso de Abertura do 45º Congresso Mundial da Associação Americana de Agentes de Viagem – ASTA**. General Ernesto Geisel, 27 de outubro de 1975. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/ernesto-geisel/discursos/1975>>. Acesso em: 23 maio 2019.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 153**. Argte.: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Argdos.: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 23 maio 2019.

4. Conclusão

As perspectivas abordadas neste estudo indicam a importância da afirmação do Direito à Memória e a fragilidade do entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro a respeito da recepção constitucional da Lei da Anistia de 1979, quando do julgamento da ADPF 153/DF.

A compreensão da Lei da Anistia brasileira de 1979 deve levar em consideração dois importantes aspectos: a busca de legitimação jurídica pela ditadura militar e os atos de violência concreta que o regime de exceção praticou. Isso indica, a um só tempo, que a Lei da Anistia tratou-se de uma autoanistia e que não constituiu um efetivo acordo político.

A tentativa de legitimação jurídica, a partir do uso instrumental do Direito, resta verificada a partir do grande número de Atos Institucionais editados pelo governo ditatorial entre 1964 e 1985. O controle do Direito, a partir do próprio Direito (elaborado instrumentalmente pelo próprio governo ditatorial), caracterizava-se, intrinsecamente, como uma modalidade de justificação da violência e, ao mesmo tempo, agiu como filtro, em favor do regime militar, para a própria anistia que era concebida.

A Lei da Anistia, embora tenha constituído importante evento histórico, característico da própria superação do regime ditatorial, também foi delineada segundo as violências, imposições e ameaças que o regime ditatorial militar seguia incutindo à sociedade ainda em 1979 a partir de sua aparente legitimidade jurídica. Eventos emblemáticos – como o Caso Herzog – ilustram o contínuo recurso à violência como prática governamental. A violência também era de amplo conhecimento da cúpula da ditadura militar, como explicita o Memorando Kissinger (que veio à tona em 2018). Também há exemplos concretos de continuidade da violência estatal mesmo após a aprovação da Lei da Anistia, como demonstram, entre outros, os relatos do Caso Volkswagen (evidenciado em 2017). A anistia, embora se trate de inegável conquista social, não refletiu, por essas razões, um autêntico acordo político, mas uma negociação que o poder ditatorial aceitou, principalmente em seu próprio benefício. Assim, a ideia de acordo nacional, argumento sustentado pelo STF ao julgar a improcedência da ADPF/153, não se sustenta como fato histórico: as violências e ofensas a Direitos Humanos, que eram de conhecimento da cúpula do regime militar, conforme demonstram os fatos descritos no Memorando Kissinger, não foram coibidas pelo Estado; ao contrário, seguiram incentivadas e admitidas pela ditadura militar, mesmo após a Lei da Anistia de 1979, como exemplifica o Caso Volkswagen.

Segundo a fenomenologia da memória de Paul Ricoeur, a Lei da Anistia de 1979 pode ser concebida com um esquecimento comandado. Ela, embora isso não esteja expresso em seu texto, objetivou impedir a recuperação da totalidade de sentidos do passado ditatorial, circunscrevendo quais violências mereceriam superação em prol de uma suposta pacifica-

ção social. Para esse fim, admitiu a equiparação entre crimes políticos e crimes comuns praticados por agentes do Estado, entre eles a tortura, cujo emprego foi amplamente aceito pelo regime militar.

A Lei da Anistia de 1979 nega a perspectiva política que define o próprio processo de rememoração, o que não foi observado pelo STF no julgamento da ADPF/153. Memórias subterrâneas continuamente colocam à prova os limites da própria anistia e dos discursos oficiais sobre o passado. Os casos Volkswagen e Memorando Kissinger são as provas mais atuais dessa dinâmica plural e dialética da memória política.

Os critérios de julgamento da ADPF/153 submetem o Supremo Tribunal Federal a duas ordens de críticas: ao posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a uma Crítica Hermenêutica do Direito, consubstanciada no substrato teórico de Lenio Streck.

Conforme a Corte Interamericana de Direitos Humanos, leis de anistia não podem ser utilizadas para impedir a investigação de crimes cometidos por Estados, por seus agentes ou, ainda, vedar o conhecimento de quaisquer atos atentatórios a Direitos Humanos. Do mesmo modo, a anistia não pode ser invocada para evitar a responsabilização civil e penal de seus autores. Exemplos desse entendimento são verificados nos julgamentos do Caso Herzog, recentemente julgado, e do Caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia), em que restou afastada, pela Corte Interamericana, a amplitude da anistia brasileira de 1979.

Os argumentos utilizados pelo STF para afirmar a constitucionalidade da Lei da Anistia igualmente não se sustentam a partir da Crítica Hermenêutica do Direito. A análise dos Votos proferidos indica que a concepção da anistia como lei-medida, providência utilizada pela Corte Constitucional para situar no tempo (em 1979 apenas) a Lei da Anistia brasileira, representa um mero retorno ao entendimento exegético. A compreensão do Supremo Tribunal Federal frustra, a partir disso, a virada linguística ocorrida no plano filosófico, já que mesmo a lei-medida não pode(ria) se distanciar dos sentidos postos pela Constituição Federal de 1988.

A posição do STF ao julgar a adequação constitucional da Lei da Anistia ignorou que a defesa da interpretação como mero retorno ao instante de elaboração legislativa suplanta a historicidade em que se situa o próprio ato de interpretação. Como consequência, interpretações dissonantes da Constituição Federal de 1988, como a que concebeu o STF sobre a Lei da Anistia de 1979, impedem a fixação de critérios juridicamente aceitáveis para atribuir sentido ao texto normativo e culminam na eleição, como parâmetro decisório, de preferências morais ou políticas, alheias ao próprio Direito.

No julgamento da ADPF/153 a Corte Constitucional brasileira, principalmente a partir do recurso ao conceito de lei-medida, admitiu o emprego do Direito como rotina instrumental e procedimental. Com isso, e mitigando a compreensão do Direito à Memória como efetivo Direito Humano, entendimento já sedimentado no âmbito da Corte Interamericana de Direitos

Humanos, o STF deixou de dar à anistia um sentido pautado a partir da Constituição democrática de 1988. Embora tenha ignorado a real amplitude da própria rememoração política, a decisão do STF continuamente se submete aos influxos da própria memória, que questionam os limites da decisão adotada, com a retomada de memórias subterrâneas que continuamente redefinem o significado histórico da ditadura brasileira. Os casos Volkswagen e Memorando Kissinger constituem exemplos atuais da dinâmica política e cíclica da memória e, ao mesmo tempo, caracterizam o equívoco do Supremo Tribunal Federal, principalmente em sua deficitária compreensão do Direito à Memória, ao afirmar a constitucionalidade da Lei da Anistia de 1979.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. 142p.

ARENDRT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

ARENDRT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: nunca mais**. 37. ed. Prefácio de Dom Paulo Evaristo Arns. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

BRASIL. **Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964**. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. **Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966**. Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-04-66.htm>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. **Ato Institucional nº 5 (AI-5), de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. **Ato Institucional nº 14, de 5 de setembro de 1969**. Dá nova redação ao parágrafo 11 do artigo 150 da Constituição do Brasil, acrescentando que não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento ou confisco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar - esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego

na administração pública direta ou indireta. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-14-69.htm#art1>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. Biblioteca da Presidência da República. **Discurso de Abertura do 45º Congresso Mundial da Associação Americana de Agentes de Viagem – ASTA**. General Ernesto Geisel, 27 de outubro de 1975. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/ernesto-geisel/discursos/1975>>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade - CNV. **Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm#art150%C2%A711>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e à memória**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. 500p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 153**. Argte.: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Argdos.: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 23 maio 2019.

CATROGA, Fernando. **Memória, História e Historiografia**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MEYER, Emilio Peluso Neder. Lei da Anistia, História Constitucional e Hermenêutica: O Brasil entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 20, 2011, Vitória. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 11170-11196.

Corte Interamericana de Direito Humanos (CORTEIDH). **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil** – Sentença de 24.11.2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 23 maio 2019.

Corte Interamericana de Direito Humanos (CORTEIDH). **Caso Herzog y Otros vs. Brasil** – Sentença de 15.03.2018. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_esp.pdf>. Acesso em: 23 maio 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert (Orgs.). **Justiça de Transição no Brasil – Direito, Responsabilização e Verdade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DORNELLES, João Ricardo W. Direitos Humanos e a Justiça Ética da Memória: Uma perspectiva das vítimas. In: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé (Org.). **Justiça e Memória: Direito à justiça, memória e reparação – a condição humana nos estados de exceção**. São Leopoldo: Casa Leiria: Passo Fundo: IFIBE, 2012, p. 167-176.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Acabada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Encurralada**. Rio de Janeiro: Intrínseca. 2014.

KOPPER, Christopher. **A VW do Brasil durante a Ditadura Militar brasileira 1964-1985: uma abordagem histórica**. Bielefeld, 2017. 120p. Disponível em: < <http://www.vwbr.com.br/ImprensaVW/file.axd?file=/2017/12/Relatorio.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2019.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Ditadura e Responsabilização: Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas conseqüências: um estudo do caso brasileiro**. São Paulo: FAPESP, 2006.

OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. Equilibrando Julgamentos e Anistias na América Latina: Perspectivas Comparativa e Teórica. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília, n. 2, p. 152-175, jul/dez 2009. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2010revistaanistia02.pdf/view>>. Acesso em: 23 maio 2019.

POLLACK, Michael. Memória, Esquecimento, Silêncio. **Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 3-15, 1989.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Campinas: Unicamp, 2007.

SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson (Orgs.). **O que resta da ditadura**. São Paulo: Boitempo, 2010.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SNYDER, Jack; VINJAMURI, Leslie. Trials and Errors: Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice. **International Security** – Belfer Center for Science and International Affairs – Harvard University, Cambridge, v. 28, n. 3, p. 5-44, 2004.

SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). **Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado Democrático Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. A Lei de Anistia, a Constituição e os Direitos Humanos no Brasil – Lenio Streck Responde. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília, n. 2, p. 24-28, jul/dez 2009. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2010revistaanistia02.pdf/view>>. Acesso em: 23 maio 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Os equívocos do Supremo Tribunal Federal do Brasil na interpretação da Lei da Anistia. In: Prittwitz, Cornelius et al. (Org.). **Justiça de Transição: análises comparadas Brasil-Alemanha**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão da Anistia, 2015, p.230-243. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/justica_transicao_analise_comparada_brasil_alemanha.pdf>. Acesso em: 23 maio 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

TIMM DE SOUZA, Ricardo. “Ecos das vozes que emudeceram”: memória ética como memória primeira. In: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé (Org.). **Justiça e Memória: para uma crítica ética da violência**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 113-119.

TODOROV, Tzvetan. **Los abusos de la Memoria**. Barcelona: Paidós, 2000.

USA – United States of America. Department of State. **Memorandum From Director of Central Intelligence Colby to Secretary of State Kissinger**. Washington, 1974. Disponível em: <<https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1969-76ve11p2/d99>>. Acesso em: 23 maio 2019.

A MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL COMO TÉCNICA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO

RENAN GUEDES SOBREIRA*
ERICK KIYOSHI NAKAMURA**

SUMARIO: 1. Introdução; 2. Diálogos institucionais e a margem de apreciação nacional; 3. A margem de apreciação nacional no TEDH; 4. A margem de apreciação nacional na CIDH; 5. Conclusões e sugestões. Referências.

1. Introdução

Os sistemas nacionais de proteção dos Direitos Humanos se mostraram insuficientes ao longo da História, como sinalizou de modo inequívoco a Segunda Guerra Mundial. Assim, implantou-se o sistema universal junto à Organização das Nações Unidas e, posteriormente, surgiram os sistemas regionais, como o Conselho da Europa e a Organização dos Estados Americanos, que contam com órgãos jurisdicionais, respectivamente, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A atuação dos organismos internacionais nem sempre se dá de forma harmoniosa com as instituições nacionais, de modo que se passou a abrir vias de comunicação mais efetiva e de melhor qualidade técnica, sendo chamadas de *técnicas de diálogos judiciais*. Um desses instrumentos é a Margem de Apreciação Nacional, estabelecido inicialmente pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, estruturado pela doutrina internacional e, paulatinamente, utilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Esclarecendo a configuração dessa técnica, passa-se à análise tanto da jurisprudência formativa europeia quanto daquela interamericana que tem aplicado tal teoria em seus julgados. Por fim, considerando a necessidade de contínuo aprimoramento desses meca-

* Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madri, Espanha). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná UFPR (Curitiba-PR, Brasil). Pesquisador da Universidade Federal do Paraná e assessor jurídico - Tribunal de Justiça do Paraná.

** Pós-Graduando em Direito Constitucional pela ABDConst (Curitiba-PR, Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: erick.k.nakamura@gmail.com.

nismos, discorre-se brevemente a respeito da cultura dos Direitos Humanos e da urgência de formação de magistrados nacionais e internacionais capazes de efetivar um diálogo de melhor qualidade para a efetivação desses direitos.

2. Diálogos institucionais e a margem de apreciação nacional

As atrocidades advindas da Segunda Guerra Mundial, à medida em que descobertas, “impactariam de tal forma sobre o toda a humanidade, que em toda parte gerariam um sentimento de rejeição, primeiro, e de radical retificação depois que haveria de conduzir” à colocação da dignidade da pessoa humana como norma primaz dos ordenamentos jurídicos e, também, contribuir ao afloramento dos sistemas de proteção de Direitos Humanos.¹

Assim, ainda que insuficiente a proteção estritamente estatal aos direitos dos indivíduos, essa permanece tanto decorrente do Princípio da Dignidade Humana, fundante das ordens democráticas do pós-guerra, como de obrigações internacionais contraídas voluntariamente pelos Estados por meio de tratados.

Os referidos sistemas internacionais de proteção aos Direitos Humanos contam com quatro características básicas: *a) são sistemas de proteção do indivíduo frente ao Estado*, uma vez que esse foi o responsável no período de guerras pela perpetração das violações; não obstante, frequentemente surgem situações de violações cometidas por particulares contra outros particulares, especialmente grandes corporações internacionais, o que tem exigido o repensar da estrutura dos sistemas; *b) são sistemas subsidiários*, ou seja, somente podem ser acionados após o esgotamento da atuação dos mecanismos internos de proteção, o que dá grande poder influência aos próprios Estados sobre o momento de acionamento do sistema internacional; *c) são sistemas autônomos* uma vez que tanto a estrutura como o corpo de funcionários atua com independência para com os Estados de origem, isto é, sem orientação ou vinculação com esses, de modo supranacional; *d) são sistemas com dupla função*, pois atuam na geração de normas a respeito de Direitos Humanos e também na aplicação dessas.²

Os sistemas internacionais de proteção podem ser classificados em dois grandes grupos: *universais e regionais*. Quanto aos primeiros, tem-se os órgãos no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), como o Conselho de Direitos Humanos, os Procedimentos Especiais, os Grupos de Trabalho, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos

¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. **Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú**, n. 50, p. 11, 1996.

² ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. La Protección Internacional de los Derechos Humanos (I). In: DIEZ DE VELASCO, Manuel. **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 18ª ed. Madrid: Tecnos, 2013, p. 664 – 665.

Humanos;³ enquanto no segundo grupo se enquadram a União Africana (UA), o Conselho da Europa (COE) e a Organização dos Estados Americanos (OEA), sendo os dois últimos os mais consolidados.

O Conselho da Europa, fundado em 1949, antes mesmo da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – predecessora da atual União Europeia –, ampara-se na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e conta com órgão jurisdicional, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) desde 1959, com sede em Estrasburgo, França.⁴ A Corte Interamericana de Direitos Humanos é órgão decorrente Convenção da Organização dos Estados Americanos, instalada pela Resolução da Assembleia Geral da OEA 448 de 1979 e está sediada em São José, Costa Rica.

Tanto o TEDH como a CIDH possuem competências jurisdicionais e consultivas;⁵ atuam amparados em tratados; estão compostos por juristas cujos nomes são propostos pelos Estados signatários da convenção e que, quando escolhidos, cumprem mandatos determinados;⁶ contam com repositórios eletrônicos de suas jurisprudências; e enfrentam problemas similares quanto à efetividade de suas decisões.

Ocorre que a partir do duplo movimento de internacionalização do Direito interno e de nacionalização do Direito internacional surgem conflitos antes inexistentes, sobretudo quanto à aceitação política interna de ordens advindas do exterior do espaço clássico de soberania. Assim, tornar as decisões dos organismos internacionais efetivas no âmbito do Estado-membro é tarefa que desafia o antigo conflito *monismo-dualismo* e estabelece a necessidade de criação de novas técnicas de interpretação, principalmente, mais fluidas a atender o ordenamento multinível.⁷

³ ONU. **As Nações Unidas e os Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/sistemaonu/>>. Acesso em 21 mai. 19.

⁴ Há certa confusão entre as distintas instituições europeias: Conselho da Europa, Conselho Europeu e União Europeia; assim como entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O Conselho da Europa é composto por 47 países e tem por base a Convenção Europeia de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo, França; o Conselho Europeu é a reunião dos Chefes de Estado da União Europeia, sendo essa entidade supranacional composta por 28 membros e baseada no Tratado de Roma, com sede em Bruxelas, Bélgica. O TEDH está vinculado ao Conselho da Europa, enquanto o Tribunal de Justiça da União Europeia, pertence à União Europeia e tem sede em Luxemburgo. O próprio Conselho da Europa traz página elucidativa. COE. **Do not get confused**. Disponível em: <<https://www.coe.int/pt/web/about-us/do-not-get-confused>>. Acesso em 21 mai. 19.

⁵ A competência consultiva, geralmente tergiversada, encontra-se explícita nos dois instrumentos: Art. 2º do Pacto de São José; Art. 48 da Convenção Europeia.

⁶ Sendo de seis anos no CIDH e nove, TEDH, conforme art. 5 do Pacto de São José e art. 23 da Convenção Europeia.

⁷ MENDOZA RODRÍGUEZ, Ángel Humberto. El margen de apreciación nacional: aproximaciones para su aplicación en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. **Cuadernos Manuel Giménez Abad**, n. 16, p. 103, 2018.

Um das técnicas de harmonização, utilizada sobretudo na efetivação das decisões judiciais internacionais pelos Tribunais nacionais, tem sua origem na construção jurisprudencial do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: a Margem de Apreciação Nacional. Essa passa, paulatina e timidamente, a ser empregada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, revelando a possibilidade de diálogo institucional não apenas entre órgãos no eixo *internacional- nacional*, mas também no âmbito *internacional-internacional* a fim de aprimorar a jurisdição e a efetividade dessa sobre os Direitos Humanos.

3. A margem de apreciação nacional no TEDH

A Margem de Apreciação Nacional vem sendo forjada na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em sentenças esparsas desde o final da década de 1970. Pode-se aferir os delineamentos dados pela Corte ao instituto a partir de quatro casos emblemáticos, posteriormente reproduzidos como precedentes: *Sunday Times* contra Reino Unido, 26 de abril de 1979; *Barthold* contra Alemanha, 25 de março de 1985; *Groppera Radio* e Outros contra Suíça, 28 de março de 1990; *Gitonas* e outros contra Grécia, 1º de julho de 1997.

Certo laboratório britânico produzira e comercializara medicamento contendo talidomida, substância causadora de má-formação fetal. O fármaco foi retirado do mercado em 1961 e as ações judiciais de reparação cresciam continuamente em números. Em 1972, o jornal *The Sunday Times* publicou artigo qualificando as propostas de acordos extrajudiciais como “grotescas”, criticando a legislação britânica aplicável e, em nota de rodapé, anunciava reportagem futura em que se exporia investigação sobre a droga, assim como a regularidade nos trâmites técnico-administrativos para autorização de sua comercialização.

O Procurador-Geral do Reino Unido ajuizou demanda a fim de impedir a publicação futura e obteve a ordem suspensiva fundamentada no fato de que divulgação de investigação e questionamentos eventualmente desprestigosos para com a Administração poderiam configurar desacato às autoridades públicas, especialmente as judiciais que então se encarregavam do caso. O recurso do periódico foi rejeitado. O caso chegou ao TEDH em janeiro de 1974. Em 1976, *Sunday Times* e o Reino Unido entraram em acordo judicial.

Sem embargo, o Tribunal Pleno da Corte Internacional prosseguiu com a apuração e concluiu, em 1979, por onze votos a nove, pela ocorrência de violação do art. 10 da CEDH (*liberdade de expressão*), pois o cerceamento de periódico não só ataca a liberdade de imprensa, como tolhe informações da sociedade, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito.⁸ A maioria entendeu que a margem de apreciação do Estado a respeito da preservação da imagem das instituições deve ser absolutamente diminuta ante a liberdade

⁸ TEDH. **Case of the Sunday Times v. The United Kingdom**. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-57584>>. Acesso em 25 mai. 19.

de expressão, o que se depreendia de *normas não escritas* do próprio Reino Unido.⁹ O voto divergente, firmado pelos nove juízes vencidos, sustenta, de outro lado, que a margem de apreciação deve se restringir a avaliações morais, não podendo atingir fatos objetivos como o desacato às instituições de um Estado.

No ano 1978, em Hamburgo, Alemanha, o médico veterinário Sigurd Barthold concedeu entrevista ao periódico *Hamburger Abendblatt* afirmando a necessidade de que as clínicas veterinárias passassem a fazer plantões noturno para atendimento de urgências, pois das oito existentes na cidade à época, aquela de sua propriedade era a única que atendida nesse turno, concentrando alta demanda. As reportagens sobre a atuação de Barthold se espalharam noticiando salvamento de animais graças à intervenção desse médico veterinário.

Demandado judicialmente pelo Colégio de Veterinários por violar o Código de Deontologia dessa instituição, Barthold foi inicialmente absolvido, mas mediante recurso, viu-se condenado por prática desleal consistente na publicidade feita por meio das reportagens, que teriam colocado esse médico veterinário em evidência, projetando-lhe sobre os demais profissionais da área que atendiam em Hamburgo. Em 1980, o caso chegou ao Tribunal Constitucional alemão, que não recebeu o recurso dadas as “baixas possibilidades de êxito”.

Barthold contra Alemanha foi admitido a trâmite pelo TEDH em 1981 por suposta afronta ao disposto no art. 10 do Convênio Europeu, como no caso anterior. No ano de 1985, a Seção do TEDH entendeu, por cinco votos a dois, pela violação da liberdade de expressão afirmando que “na luta contra a concorrência desleal os Estados gozam de ampla margem de apreciação e suas tradições devem ser respeitadas”, sem embargo, esse espaço discricionário não pode impedir o exercício de Direitos Humanos, devendo as normas de *códigos profissionais* obedecerem a essa determinação.¹⁰ Assim, a Corte internacional diminuiu o espaço de regulação nacional de modo a proteger a liberdade de expressão, atitude considerada ingerência pelos juízes vencidos.

Na montanha italiana Pizzo Groppera, na província de Sondrio, região da Lombardia, instalou-se a antena de radiotransmissão mais potente da época, o ano de 1979, distante apenas seis quilômetros da fronteira com a Suíça. A potência fazia o sinal chegar a um raio de aproximadamente duzentos quilômetros, abarcando quase dois terços da população suíça. Ainda que registrada como pertencente a empresa italiana, a exploração da antena se realizava por empresa suíça, que patrocinara a instalação no país vizinho a fim de burlar o monopólio estatal suíço da radiotransmissão.

⁹ Pode-se afirmar que houve decisão análoga no caso *Drozdz e Janousek* contra França e Espanha, 26 de junho de 1992. Sem embargo, a o TEDH faz distinção entre normas *não escritas* e normas de direito consuetudinário, como aquelas consideradas o caso *Drozdz e Janousek* contra França e Espanha para aferir a Margem de Apreciação Nacional.

¹⁰ TEDH. **Case of Barthold v. Germany**. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-57432>>. Acesso em 25 mai. 19.

Diante de alteração legislativa na Suíça encerrando o mercado monopolista, cerca de trezentas empresas requereram seu registro, inclusive Groppera Radio, uma das trinta e seis contempladas com autorização de funcionamento. Operando a partir da base de Pizzo Groppera, essa radiotransmissora alcançou cerca de sessenta por cento da audiência de Zurique no começo da década de 1980. Nova regulação nacional impôs maior cantonalização das radiotransmissoras, de modo que empresas locais passaram a retransmitir a programação de Groppera Radio, organizando-se na forma de cooperativa.

Sem embargo, essa empresa foi denunciada junto à Administração Pública por não atender às normas de tratados para transmissão internacional de sinal de rádio. Em 1984, a antena de Pizzo Groppera foi desativada por determinação administrativa suíça. Recorrendo às vias judiciais suíças e italianas, não se obteve êxito. Reconheceu-se que radiotransmissoras sediadas na Itália, dada a potência do equipamento, estavam interferindo em três países – Suíça, França e Iugoslávia.

Recorrendo-se ao TEDH, arguiu-se a violação à liberdade de expressão (art. 10), que garante aos integrantes do Conselho da Europa¹¹ a livre manifestação de pensamento, de informações, em todas as suas formas de transmissão. O Tribunal Pleno da Corte internacional entendeu, por dezesseis votos contra três, que Suíça agira dentro da Margem de Apreciação Nacional, eis que cumprira com a regulamentação que lhe era permitida pelos *tratados* firmados no âmbito da União Europeia.¹²

Por fim, no caso *Gitonas* e outros contra Grécia, de 1º de julho de 1997,¹³ cinco demandantes eleitos deputados se apresentaram ao TEDH afirmando que se lhes fora violado o direito a livres eleições, constante no art. 3º do Protocolo Adicional ao Convênio Europeu n. 1. Ocorre que os peticionantes ocuparam cargos públicos por mais de três meses nos três anos que antecediam às eleições, incidindo em hipótese de inelegibilidade constante no art. 56.3 da Constituição grega, violação que ensejou a anulação de suas votações por ordem do Tribunal Supremo da Grécia.

Arguindo que o parâmetro constitucional restringia excessivamente o direito à participação em eleições livres, periódicas e universais, os demandantes obtiveram resposta negativa do TEDH.¹⁴ Segundo a Corte internacional, os *preceitos constitucionais* dos Estados signatários da Convenção permitem larga margem para fixar as hipóteses de inelegibilidade

¹¹ Atente-se que a Suíça compõe o Conselho da Europa desde 1963, embora não faça parte da União Europeia.

¹² Os votos disidentes não tratam da Margem de Apreciação Nacional. (TEDH. **Case of Groppera Radio v. Switzerland**. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-57623>>. Acesso em 25 mai. 19).

¹³ TEDH. **Case of Gitonas and others v. Greece**. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-58038>>. Acesso em 25 mai. 19.

¹⁴ Eneida Desiree Salgado afirma que “não é usual ver os direitos políticos como direitos fundamentais” (**Reforma Política**. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 23). Inobstante, o direito a livres eleições enquanto Direito Humano está positivado na Convenção Europeia por meio do Protocolo Adicional n. 1 datado de 1952. Ainda que datado da década de cinquenta, o protocolo entrou em vigor apenas em 1998.

e, ainda que todos estejam imbuídos da intenção de garantir liberdade aos eleitores, os critérios nacionais “variam em função de fatores históricos e políticos próprios de cada Estado”, o que é inegável pela “multitude de situações previstas nas Constituições e nas legislações eleitorais dos numerosos Estados membros do Conselho da Europa”.

Depreende-se dos casos expostos que a Margem de Apreciação Nacional entendida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos pode se expressar na análise de normas não escritas, tratados, códigos profissionais, preceitos constitucionais, isto é, em toda forma de expressão do Direito, de caráter absolutamente Público, como normas da privatística, internas ou internacionais. Ocorre que dada a indispensabilidade desse grupo de direitos, a absoluta urgência em fazê-los efetivos a fim de viabilizar o exercício de outros direitos em respeito às circunstâncias materiais que se apresentam, exige flexibilidade na tratativa do instituto.¹⁵

Analisando a jurisprudência, a doutrina tem procurado estabelecer uma teoria geral da Margem de Apreciação Nacional. Sem embargo, há grande dificuldade na definição teórica do instituto, o que em parte decorre do fato de que essa é construção jurisprudencial e a as decisões judiciais, como é natural, não se propõem a fazer teorias abstratas e completas, mas sim a resolver casos; doutro lado, a própria característica de *margem*, isto é, zona limítrofe, torna a figura particular e de difícil precisão teórica.¹⁶

De todo modo, as definições doutrinárias da Margem de Apreciação Nacional mantêm em essência o reconhecimento de que se trata do reduto “de interpretação e aplicação dos Direitos Humanos, atribuído ao Estado por parte dos tribunais regionais”, que se justifica pelo fato de que inexistente “consenso entre os diferentes Estados-parte dentro dos tratados, o que impede aos tribunais regionais de construir uma interpretação unificada”.¹⁷ Vale dizer, ao decidir determinado caso que se lhe apresente, o Tribunal internacional deve considerar que as particularidades jurídicas, econômicas, culturais de cada país signatário da Convenção que fixa a competência da Corte, deixando espaço em suas decisões para que os Estados amoldem o cumprimento da determinação às suas realidades fáticas.

Trata-se de uma modalidade de diálogo judicial habitual nos cenários de pluralismo jurídico. Apesar da oportunização de certo espaço discricionário ao Estado, não se trata do

¹⁵ JIMENA QUESADA, Luis. La internacionalización de la Carta Magna española de 1978: signo de madurez constitucional. **Revista de Derecho Político**, n. 101, UNED, p. 856-857, 2018.

¹⁶ GARCÍA ROCA, Javier. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 20, p. 131, 2007.

¹⁷ Tradução livre de: “...el margen nacional de apreciación debe ser comprendido como un reducto o “criterio” de interpretación y aplicación de los derechos humanos, atribuido al Estado por parte de los tribunales regionales. Su existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes Estados parte dentro de los tratados, lo que hace que los tribunales regionales se encuentren impedidos para la posible construcción de una regía de interpretación unificada”. (BARBOSA DELGADO, Francisco. El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática. In: FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**. Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1091)

reconhecimento de que esse possua a capacidade de proteger o bem jurídico nos mesmos termos que o órgão internacional (*proteção equivalente*). Antes, a existência de decisão condenatória exarada por Corte internacional deixa claro que a proteção nacional foi insuficiente. Assim, a Margem de Apreciação Nacional é a percepção do organismo supranacional de que em determinados pontos, a atuação exclusiva ou bastante livre do próprio país é *suficiente* para atingir a proteção adequada ao direito.¹⁸

Também há certo consenso de que Margem de Apreciação Nacional é caracterizada pela subsidiariedade, proporcionalidade e não tange o núcleo mínimo dos Direitos Humanos.¹⁹ Trata-se de técnica *subsidiária*, pois a Corte internacional deve conferir a máxima proteção jurisdicional que está a seu alcance, usando o método mais eficaz possível, que menos delegue atribuições ao Estado, eis que o órgão supranacional está criado exatamente para tal função e não recebe *petitions for writ of certiorari*;²⁰ deve respeitar a proporcionalidade em sentido estrito, isto é, deve-se mensurar a real amplitude necessária a se dar à Margem de Apreciação Nacional conforme a reparação pretendida e as condições de implementação da ordem pelo Estado;²¹ e jamais pode deixar desprotegido o núcleo básico do direito pretendido, eis que essa tutela cabe integralmente à Corte Internacional evitando que os provimentos elementares se dispersem de modo a deixar o cidadão “perdido no cipoal das contingências”, totalmente “à mercê das forças terríveis do destino”,²² ou seja, ao Estado é dada tão somente a gestão de assuntos correlatos, práticos.

As balizas mencionadas visam responder as críticas de que a margem é instrumento de resignação ou oportunismo dos órgãos internacionais, que se utilizariam dessa para esquivar-se da resolução de casos difíceis, fazendo da autocontenção (*self-restraint*) uma válvula de escape ante governos poderosos. De fato, “em nenhum caso se deve aplicar a margem de apreciação para diminuir direitos humanos”,²³ pelo contrário, deve servir ao aperfeiçoamento da tutela efetiva desses.

¹⁸ BUSTOS GISBERT, Rafael. XV Propositiones Generales para una Teoría de los Diálogos Judiciales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 95, mai/ago, p. 50, 2012.

¹⁹ MENDOZA RODRÍGUEZ, Ángel Humberto. El margen de apreciación nacional: aproximaciones para su aplicación en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. **Cuadernos Manuel Giménez Abad**, n. 16, dez./2018, p. 103.

²⁰ Segundo as disposições da *Rule 10* à *Rule 16* do conjunto de regras da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, esse órgão dispõe de *writ of certiorari*, isto é, discricionariedade na apreciação de casos. Ao receber a petição (*petition for writ of certiorari*), a Corte decide se há razões relevantes (*compelling reasons*) para que a situação seja analisada, ou seja, não está obrigada a analisar todas os temas que lhe são submetidos. (SUPREME COURT. **Rules of the Supreme Court of the United States**. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2017RulesoftheCourt.pdf>>. Acesso em 23 mai. 19).

²¹ GÁSCON ABELLÁN, Marina Felicia; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. **Interpretación y Argumentación Jurídica**. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2003, p. 163 – 167.

²² CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22. jul./dez., 2003, p. 27.

²³ Tradução livre de: “En ningún caso se deberá hacerse emplear el margen de apreciación para disminuir derechos humanos, por el contrario, debe ser elevado en el derecho interno”. (MENDOZA RODRÍGUEZ, Ángel Humberto. El

Estabelecidos esses critérios pela doutrina à Margem de Apreciação Nacional a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, resta, ainda, verificar como a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem aplicado essa técnica e possíveis melhoramentos na utilização dessa.

Frise-se que não é o caso de tomar de modo apriorístico que a construção do TEDH é melhor; mas sim de reconhecer que esse órgão trabalha o tema a mais tempo, tendo condições de aperfeiçoá-lo, sobretudo a partir da doutrina temporalmente mais estabelecida, eis que o jurista europeu se lançou ao estudo da questão tão logo aquele órgão passou a utilizá-la.

4. A margem de apreciação nacional na CIDH

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem utilizado poucas vezes a técnica da Margem de Apreciação Nacional,²⁴ preferindo decidir de modo mais impositivo e menos deferente com o legislador interno, o que frequentemente leva ao deliberado descumprimento da determinação do órgão internacional.

Esse fenômeno de resistência dos atores nacionais às determinações vindas de órgãos externos é bastante peculiar, uma vez que a assunção de obrigações no plano internacional decorre unicamente da vontade do Estado, de modo que esse se obriga voluntariamente, mas seus agentes se negam, ou titubeiam, no momento da aplicação, gerando situação inusitada.

A experiência demonstra que a reticência no cumprimento da norma e das decisões internacionais costuma se agravar conforme o tom dado ao comando exterior: quanto mais determinativo, categórico, maior o atrito gerado, pois menor o espaço de deliberação interna, mais estreita a Margem de Apreciação Nacional.

Especialmente no caso brasileiro, antes da Constituição da República de 1988, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário 80.004 e estabeleceu entendimento de que a decisão nacional, portanto amparada na norma brasileira, “porque expressão última da vontade do legislador republicano, deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – não obstante as conseqüências do descumprimento do tratado, no plano internacional”.²⁵

A situação brasileira a respeito do cumprimento dos tratados teve certo apaziguamento com a Constituição de 1988, que estabelece no art. 5º, §2º que convenções interna-

margem de apreciación nacional: aproximaciones para su aplicación en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. **Cuadernos Manuel Giménez Abad**, n. 16, dez./2018, p. 106).

²⁴ MENDOZA RODRÍGUEZ, Ángel Humberto. El margen de apreciación nacional: aproximaciones para su aplicación en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. **Cuadernos Manuel Giménez Abad**, n. 16, dez./2018, p. 103.

²⁵ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 129.

cionais que tratem de direitos e garantias ratificadas pelo Brasil devem ser respeitadas. Sem embargo, persistia a dúvida a respeito do grau hierárquico dessas normas no ordenamento nacional. As tergiversações foram afastadas em 2004 com a Emenda Constitucional n. 45, ao menos a respeito dos Direitos Humanos. A adição do §3º ao art. 5º torna inequívoco que tratando dessa espécie de direitos, e se a norma internacional for recepcionada pelo rito de Emenda Constitucional, o tratado equivale a texto constitucional.

A prática da CIDH, como afirmado, é de estabelecer decisões categóricas, estreitando a Margem de Apreciação Nacional.

No caso Herrera Ulloa contra Costa Rica, de 2004,²⁶ o órgão interamericano afirma que existe uma “margem reduzida a qualquer restrição do debate político ou do debate sobre questões de interesse público”. A afirmação, *a priori* coerente, pode parecer inadequada ao caso concreto, em que se o Poder Judiciário nacional condenara o jornalista Herrera Ulloa, entre outras medidas como a retratação pública, ao ressarcimento por dano moral consistente na publicação de difamações contidas em reportagem, as quais tratavam de supostos atos irregulares de agente diplomático belga acreditado em agência europeia.

Ora, sabe-se que os temas atinentes à diplomacia, sobretudo no caso mencionado que envolvia a atuação de embaixador na Organização de Energia Atômica, tocam assuntos cruciais ao Estado, sobretudo no que diz respeito à segura interna e à sua imagem internacional. O quadro é ainda mais delicado quando há potencial conflito entre países, uma vez que o jornalista costarriquenho fazia acusações a diplomata belga. Também o direito à honra que titulariza o cidadão acusado do cometimento de irregularidades, principalmente considerando neste caso a relevante posição ocupada, deve ser fortemente considerado. Assim, é inarredável a necessidade de apuração criteriosa e exaustiva sobre os fatos a fim de evitar danos de maior proporção à nação e ao indivíduo eventualmente difamado.

Destarte, não se afigura razoável a invocação da liberdade de expressão de temas políticos ou de interesse público nesta hipótese, tampouco a menção à Margem de Apreciação Nacional de forma a torná-la inexistente. Agindo dessa forma, desconsidera-se o conjunto das relações diplomáticas possivelmente afetadas entre Costa Rica e Bélgica, além de que a divulgação de fatos ainda não apurados pode danificar a imagem do agente diplomático, mesmo sendo mera difamação.

Sem embargo, a CIDH declarou violado o direito à liberdade de expressão e nulificou a sentença nacional, determinou a adoção de medidas para reversão dos efeitos da condenação feita pelo Estado e ordenou o ressarcimento moral de Herrera Ulloa no valor de vinte mil dólares.

²⁶ CIDH. **Herrera Ulloa vs Costa Rica**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf> Acesso em 26 mai. 19.

Outro caso e quem a Margem de Apreciação Nacional foi reduzida fortemente pela CIDH é de Palamara Iribarne contra Chile.²⁷ Humberto Antonio Palamara Iribarne, militar reformado e prestando serviços na qualidade de civil à *Armada de Chile* no destacamento de Punta Arenas, escrevera livro intitulado “Ética e Serviços de Inteligência”, no qual afirmava a necessidade de adequação das práticas de inteligência militar a parâmetros éticos.

Os exemplares da publicação, assim como os originais, arquivos e equipamentos eletrônicos do autor e da editora responsável pela impressão, foram apreendidos por violação à Lei Orgânica Constitucional das Forças Armadas do Chile, ao Estatuto do Pessoal das Forças Armadas Chilenas, ao Regulamento de Disciplina da Armada do Chile e ao Código de Justiça Militar chileno. Os dispositivos mencionados se referem aos crimes de desobediência, descumprimento dos deveres militares e desacato à autoridade.

A CIDH, mesmo reconhecendo que as estruturas das instituições militares contam com particularidades relevantes no tocante à disciplina e subordinação, afirma que o art. 13 da Convenção Interamericana exige o maior elasticamento da liberdade de pensamento e expressão a fim de garantir o “funcionamento de um sistema verdadeiramente democrático”. Por fim, a Corte adotou redação mais matizada que no caso anterior, mas igualmente enérgica.

Enquanto no caso Herrera Ulloa contra Costa Rica a CIDH diretamente declara nulas as condenações nacionais, aqui afirma que Chile “deve permitir ao senhor Humberto Antonio Palamara Iribarne a publicação de seu livro” e “tornar sem efeito” as sentenças contra o demandante. Atente-se que essa redação colabora para melhor aceitação da ordem internacional pelos organismos internos, eis que deferente para com os procedimentos nacionais, permitindo ao Estado certa margem de escolha sobre os mecanismos de cumprimento, e em linguagem menos impositiva.

A abordagem menos impositiva, mas sem descuidar da função jurisdicional, seguiu sendo adotada pela CIDH, como no caso Almonacid Arellano e Outros contra Chile, cuja sentença data de 2006.²⁸ No dia 16 de setembro de 1973, cinco dias depois do início do golpe de Estado que culminou na morte de Salvador Allende e na ascensão de Augusto Pinochet à Presidência do Chile, Almonacid Arellano teve sua casa invadida por forças militares que lhe dispararam na frente de sua família. Ainda que socorrido, a vítima foi a óbito no dia seguinte no Hospital Regional de Rancagua.

Terminado o período ditatorial, a família de Almonacid Arellano buscou junto ao Estado a reparação pelos danos psicológicos e morais causados pela execução realizada por agentes militares. Sem embargo, encontrou obstáculo legal à pretensão indenizatória.

²⁷ CIDH. **Palamara Iribarne vs. Chile**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>. Acesso em 26 mai. 19.

²⁸ CIDH. **Almonacid Arellano y Otros vs. Chile**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulo/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em 26 mai. 19.

Ocorre que, quando da iminente derrocada do governo de fato de Pinochet, redigiu-se o Decreto-Lei n. 2.191/1978, que concede “anistia a todas as pessoas que, na qualidade de autores, cúmplices ou encobridores tenham incorrido em atos delituosos, durante a vigência do Estado de Sítio, compreendido entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1978, sempre que não se encontrem submetidas a processo ou condenadas”. Assim, juridicamente inviável pretender ante Estado chileno a reparação pretendida.

A CIDH considera que inexistente qualquer margem de apreciação frente aos abusos cometidos pelas ditaduras militares que governaram diversos países da América Latina a partir da década de 1960; discorre sobre as atrocidades perpetradas pelas instituições militares chilenas, principalmente no momento da instalação do regime de fato. O órgão internacional, portanto, reafirma categoricamente sua posição em defesa do Estado Democrático de Direito, da preservação da vida e do respeito à dignidade, assim como e, relação à necessidade de apuração dos crimes cometidos em nome do Estado ou com o consentimento desse e a punição dos responsáveis.

A Corte declara, portanto, violados os artigos 1 (Obrigação de Respeitar os Direitos), 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno), 8 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana dos Direitos Humanos em detrimento da família de Almonacid Arellano.

De modo bastante deferente para com o Estado, a CIDH afirma nos pontos resolutivos que cabe ao Chile “assegurar que o Decreto-Lei n. 2.191 não siga representando obstáculo às investigações da execução do senhor Almonacid Arellano”, assim como às sanções cabíveis aos responsáveis. Atente-se que não há imposições categóricas, como se costumava usar no sentido de determinar a revogação de ato do Poder Público nacional, mas sim a conclusão pela necessidade de assegurar que o ato normativo não seja empecilho à obtenção de respostas aos Direitos Humanos.

A Margem de Apreciação Nacional do Estado chileno, ainda que considerada reduzida na ponderação a respeito das violações cometidas no período da Ditadura Pinochet, resta bastante ampla quanto à lida com a norma nacional. Está dentro do âmbito de avaliação interna a escolha do mais adequado para fazer com que o ato normativo “não siga representando obstáculo”, podendo esse ser revogado pelo legislador chileno, declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário nacional, ter os efeitos afastados por decisão judicial em execução da sentença internacional, debatido fortemente pela sociedade e convertido em lei-morta.²⁹

²⁹ Apesar das muitas possibilidades e da deferência internacional com as vias do ordenamento nacional, o Estado chileno mantém a norma vigente e aplicada. (CHILE. **Concede amnistia a las personas que indica por los delitos que señala**. Disponível em: <<http://bcn.cl/1v7go>>. Acesso em 28 mai. 19).

Por fim, cita-se o caso Barreto Leiva contra Venezuela, de 17 de novembro de 2009.³⁰ Oscar Enrique Barreto Leiva foi condenado pela Corte Suprema de Justiça venezuelana a um ano e dois meses de prisão por crimes contra a Administração Pública, enquanto ocupava cargo administrativo na Secretaria da Presidência da República em 1989. Inicialmente, eram investigados e processados o próprio Presidente da República, um Senador e um Deputado, tendo Barreto Leiva comparecido ante a Corte nacional na qualidade de testemunha.

Entendendo haver motivos suficientes, o Tribunal venezuelano ordenou a prisão preventiva, sem direito a fiança, de Barreto Leiva, que não foi assistido por advogado, tampouco teve acesso às provas que embasavam a ordem, escusadas com o argumento de que se tratava de investigação secreta. Mesmo não se enquadrando nas hipóteses de foro privilegiado, o demandante foi julgado diretamente pela Corte Suprema de Justiça. Até o resultado final, Barreto Leiva ficara detido mais tempo do que a condenação imposta.

A Corte Interamericana entendeu violados direitos relativos ao devido processo legal, previstos no art. 8º da Convenção, sobretudo o direito a ciência dos fatos que lhe são imputados, a assistência técnico-jurídica e a tempo, a condições adequadas para preparação de defesa e a ser julgado por juiz competente, garantindo-se o direito de recorrer.

Destacou-se na sentença internacional que “ainda que os Estados tenham uma margem de apreciação para regular o exercício” do direito de recorrer das decisões judiciais, “não podem estabelecer restrições ou requisitos que infrinjam a própria essência do direito”. Por fim, afirmou-se que cabe a Venezuela permitir o recurso a Barreto Leiva e adaptar sua legislação para que violações similares de Direitos Humanos não voltassem a se repetir.

Novamente a CIDH agiu com prudência redacional e com deferência para o com o legislador nacional, cumprindo o papel de proteger o direito de forma proporcional e garantindo o núcleo mínimo desse, isto é, utilizando-se da Margem de Apreciação Nacional de forma aproximada à estrutura mais consolidada do TEDH.

Visto que, ainda que poucas vezes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem utilizado a figura da Margem de Apreciação Nacional em moldes bastante aproximados àqueles do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. De um lado, aproveita-se a experiência e a doutrina européias; mas, de outro, incide-se nas mesmas críticas anteriormente expostas. Assim, resta identificar meios de aprimoramento da figura estudada, eis que tem contribuído à construção de melhor diálogo entre as Cortes nacionais e internacionais.

³⁰ CIDH. **Barreto Leiva vs. Venezuela**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf>. Acesso em 28 mai. 19.

5. Conclusões e sugestões

Os sistemas internacionais visam à proteção integral dos Direitos Humanos que não podem estar estritamente sob o crivo do Estado nacional, como demonstrado pelos acontecimentos hediondos da Segunda Guerra Mundial. Tanto o mecanismo ONU, conhecido por universal, como aqueles regionalizados são caracterizados por serem sistemas de proteção do indivíduo frente ao Estado, por serem subsidiários, autônomos e com dupla função.

Entretanto, os sistemas regionais têm se estruturado ao redor de Cortes com jurisdição supranacional. Durante certo tempo, a atuação desses órgãos internacionais se deu de forma conflituosa com aqueles nacionais, sendo necessário forjar modos de diálogo entre Cortes a fim de obter melhor tutela dos Direitos Humanos. Nesse sentido, despontou no Tribunal Europeu de Direitos Humanos a técnica da Margem de Apreciação Nacional.

Essa pretende manter espaço de deferência para o com o legislador e o julgador nacionais, reconhecendo que esses entendem melhor as particularidades culturais, econômicas e jurídicas do local onde se encontram e, assim, podem melhor cumprir com as disposições dos tratados e implementar as sentenças internacionais.

A Margem de Apreciação Nacional surge, portanto, como técnica de diálogo entre Cortes que deve ser aplicada de modo subsidiário às demais formas de decisão, sempre com atenção à proporcionalidade e sem descuidar do núcleo mínimo do direito a ser tutelado, eis que o Estado não dá proteção equivalente àquela do órgão internacional, mas pode, muitas vezes, dar a guarida suficiente.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem utilizado essa técnica de forma mais comedida que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. De todo modo, respeita os padrões de subsidiariedade, proporcionalidade e proteção ao núcleo mínimo, modulando a linguagem das decisões a figuras que denotam menos imposição e mais cooperação com o operador jurídico nacional.

O estudo mais amíúde das situações em que a Margem de Aplicação Nacional surte melhores resultados é imprescindível para o aprimoramento da técnica, uma vez que em dados casos é necessária a atuação enérgica das Cortes Internacionais – sobretudo na análise de violações contra a Humanidade, como foi considerado o Caso Almonacid contra Chile –, enquanto noutros deve haver a autocontenção (*self-restraint*) do órgão supranacional.

Deve-se considerar que as técnicas interpretativas e judicantes devem ser pensadas e construídas objetivando a mais larga efetivação dos Direitos Humanos, especialmente de forma preventiva. Também é necessária a formação de magistrados, nacionais e internacionais, mais afeitos ao diálogo e menos apegados à possibilidade de emitir ordens impositivas. Agregue-se a urgência da construção de cultura, nacional e internacional, de apreço aos Direitos Humanos e respeito às instituições internas e externas, especialmente a essas últimas que, ainda que aparentemente distantes, são de contribuição essencial à proteção dos nacionais.

O diálogo sobre e com os Direitos Humanos, entre as Cortes nacionais e internacionais, e a cultura que os promova são fundamentais pois impactam mais do que a racionalidade humana, adentrando no âmago dos indivíduos. Se “não vemos com os olhos nem ouvimos com os ouvidos”, que são “meros canais de transmissão, adequados ou inadequados, de impressões sensíveis”, deve-se primar pela mudança de racionalidade social, eis que “é no espírito que a papoula é vermelha, que a maçã é saborosa, que a cotovia canta”,³¹ que os Direitos Humanos devem inelutavelmente estar.

Referências

BUSTOS GISBERT, Rafael. XV Propositiones Generales para una Teoría de los Diálogos Judiciales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 95, mai/ago, p. 13 – 63, 2012.

CHILE. **Concede amnistía a las personas que indica por los delitos que señala**. Disponível em: <<http://bcn.cl/1v7go>>. Acesso em 28 mai. 19.

CIDH. **Almonacid Arellano y Otros vs. Chile**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em 26 mai. 19.

CIDH. **Barreto Leiva vs. Venezuela**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf>. Acesso em 28 mai. 19.

CIDH. **Herrera Ulloa vs Costa Rica**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf> Acesso em 26 mai. 19.

CIDH. **Palamara Iribarne vs. Chile**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>. Acesso em 26 mai. 19.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22. jul./dez., p. 17 – 29, 2003.

COE. **Do not get confused**. Disponível em: <<https://www.coe.int/pt/web/about-us/do-not-get-confused>>. Acesso em 21 mai. 19.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. La Protección Internacional de los Derechos Humanos (I). In: DIEZ DE VELASCO, Manuel. **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 18ª ed. Madrid: Tecnos, 2013, p. 663 – 696.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. **Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú**, Lima, n. 50, p. 11 – 45, 1996.

GARCÍA ROCA, Javier. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 20, UNED, p. 117 – 143, 2007.

³¹ WILDE, Oscar. **De Profundis**. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 90.

GÁSCON ABELLÁN, Marina Felicia; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. **Interpretación y Argumentación Jurídica**. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2003, p. 163 – 167.

JIMENA QUESADA, Luis. La internacionalización de la Carta Magna española de 1978: signo de madurez constitucional. **Revista de Derecho Político**, n. 101, UNED, p. 816-866, 2018.

MENDOZA RODRÍGUEZ, Ángel Humberto. El margen de apreciación nacional: aproximaciones para su aplicación en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. **Cuadernos Manuel Giménez Abad**, n. 16, p. 102 -107, 2018.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SALGADO, Eneida Desiree. **Reforma Política**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

SUPREME COURT. **Rules of the Supreme Court of the United States**. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2017RulesoftheCourt.pdf>>. Acesso em 23 mai. 19.

TEDH. **Case of Barthold v. Germany**. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-57432>>. Acesso em 25 mai. 19.

TEDH. **Case of Gitonas and others v. Greece**. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-58038>>. Acesso em 25 mai. 19.

TEDH. **Case of Groppera Radio v. Switzerland**. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-57623>>. Acesso em 25 mai. 19.

TEDH. **Case of the Sunday Times v. The United Kingdom**. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-57584>>. Acesso em 25 mai. 19.

ONU. **As Nações Unidas e os Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/sistemaonu/>>. Acesso em 21 mai. 19.

WILDE, Oscar. **De Profundis**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO À LUZ DAS OBRAS DE HANNAH ARENDT: CONCEITO DE GENOCÍDIO PÓS SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

CAROLINA ALEXANDRE CALIXTO*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Histórico; 2.1. Concepção histórica e origem do DIH; 2.2. Concepção contemporânea dos Direitos Humanos; 2.3. Direito Internacional Humanitário e a Segunda Guerra Mundial; 3. Conceito de genocídio e a relação com o pensamento de Hannah Arendt; 3.1. Implementação do DIH pelo Direito Penal Internacional; 3.2. O crime de genocídio sob a visão do DPI; 3.3. Hannah Arendt e a teoria política; 4.4. O fenômeno inédito do Totalitarismo; 3.5. Teoria da banalidade do mal; 3.6. Genocídio e identidade de grupo; 4. Conclusão; Referências.

1. Introdução

É de conhecimento geral que o período da Segunda Guerra Mundial teve grande impacto nas mais diferentes áreas da vida humana. Entre elas, destaca-se o Direito Internacional Humanitário (DIH), área do Direito Internacional Público (DIP)¹ que busca a proteção dos direitos humanos básicos em tempos de guerra e conflito armados². Essa área serviu como objeto de estudo abordado por muitos pensadores do século XX e XXI.

Hannah Arendt, de origem judaica e alemã, presenciou os horrores da guerra e do regime nazista instaurado naquele período, na Alemanha. Com base em suas experiências, escreveu uma das mais influentes obras políticas e filosóficas do século acerca dos fatos ocorridos. Arendt esclarece, de forma eloquente e didática, a origem dos movimentos tota-

* Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná UFPR (Curitiba- PR, Brasil). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

¹ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (Org.). **Direito Internacional Humanitário (DIH): Respostas às suas perguntas**. 2015. Disponível em: <<https://www.icrc.org/pt/publication/direito-internacional-humanitario-dih-respostas-suas-perguntas>>. Acesso em: 05 out. 2018.

² COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Direito Internacional Humanitário e o direito internacional dos direitos humanos: Analogias e diferenças**. 2004. Disponível em: <<https://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/5yblif.htm>>. Acesso em: 05 out. 2018.

litaristas que ascenderam em toda a Europa durante as duas Guerras Mundiais, bem como a periculosidade da propagação dessa ideologia com enfoque no terror, na intolerância e violência, que visavam atingir as minorias e outros grupos de risco. A prática do genocídio como medida final do regime totalitário de exterminar determinados grupos sob a justificativa ideológica mostrou-se uma área de grande interesse investigativo para a Arendt.

Diante disso, este trabalho busca resposta para a seguinte pergunta: qual foi a contribuição de Hannah Arendt para o Direito Internacional Humanitário? A delimitação da pesquisa se faz pela análise do conceito de genocídio na obra da autora.

Para responder a questão, o presente artigo divide-se, além da introdução e conclusão, entre dois principais capítulos, cada qual com sua particularidade no desenvolvimento da investigação do tema através dos vieses histórico, político, filosófico e legal.

O primeiro capítulo é focado no contexto histórico, não apenas dos Direitos Humanos e do DIH, mas também visa a compreensão do pano de fundo em que desenvolveram-se os acontecimentos que moldariam a visão legal da guerra, em especial do crime de genocídio, bem como as obras de Hannah Arendt, que sempre afirmou ter seu trabalho imerso na experiência vivida na condição de judia e refugiada³.

O segundo capítulo, no seu início, traz a análise das principais obras de Arendt, *Origens do Totalitarismo* (1951) e *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal* (1963), em que nelas constrói os conceitos de totalitarismo e mal banal, para melhor entender quais as origens e causas do crime de genocídio em sua fala. Em um momento posterior, realiza-se a conexão destes conceitos com a doutrina relativa ao DIH e ao entendimento deste crime sob a visão jurídica. Seus estudos, apesar de seu enfoque ser majoritariamente político, demonstram-se de grande valia para o entendimento do direito, podendo Arendt ser considerada uma teórica do DIH e do Direito Penal Internacional (DPI), visto que a política e a filosofia estão intimamente ligadas com o pensar jurídico.

Utilizar-se-á a metodologia de pesquisa de fonte histórica, doutrinária e legal, a fim de valorizar a multidisciplinaridade do tema e investigar com profundidade as conexões que guardam entre si. Incrivelmente atual e necessário, o tema tem sua principal justificativa fundada na possibilidade de incorporar a análise do genocídio por Arendt no campo do DIH, para que se possa resolver os casos de graves violações de direitos humanos e dar efetividade a sua proteção com a devida importância.

³ CLÁUDIA PERRONE MOISÉS (Brasil). Um pensamento atual. *Cult*, São Paulo, v. 9, p.5-8, jan. 2018.

2. Histórico

2.1. Concepção histórica e origem do DIH

Diferente dos Direitos Humanos, que têm vigência em épocas de guerra e paz, o DIH (ou Direito da Guerra, como era costumeiramente conhecido) objetiva a regulação das relações entre os sujeitos do Direito Internacional entre si em períodos de conflitos armados, sejam eles internacionais ou civis⁴.

A beligerância sempre esteve presente na história da humanidade, alterando e impactando diversos períodos, em diversas localidades. Apesar disso, os primeiros tratados internacionais que regulavam a guerra surgiram apenas há pouco mais de 200 anos, tendo participação ativa de um civil, Henry Dunant, fundador do que posteriormente seria o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV)⁵, dando início aos debates entre Estados sobre as situações de conflitos armados no âmbito internacional.

Após os efeitos devastadores que a Segunda Guerra Mundial provocou não só na Europa, mas em todo o globo, causando choque nas autoridades dos Estados e na população civil, era certo de que os esforços em criar diplomas legais mais eficazes e aceitos pela comunidade internacional, bem como outras medidas capazes de reforçar a proteção dos direitos humanos violados significativamente em meio à fragilidade política durante a guerra. Lamentavelmente, os Estados tomaram a iniciativa de aderir às quatro Convenções de Genebra apenas ao fim do conflito, sendo que a primeira delas já existia desde 1864, datada da conferência diplomática para desenvolver a situação dos militares feridos.⁶

A finalidade do DIH, assim como a dos direitos humanos, é a proteção de direitos básicos e fundamentais de todos os seres humanos, como a vida, a dignidade e a saúde.⁷ Porém, apesar de possuírem estas semelhanças quanto ao objeto tutelado, o Direito Internacional Humanitário não se confunde com o Direito Internacional dos direitos humanos.

Enquanto os direitos humanos são aplicáveis a qualquer momento, o DIH tem sua conceituação restrita aos casos específicos de proteção destes direitos no âmbito do conflito armado e da guerra, abrangendo as peculiaridades das situações típicas de um estado de beligerância, dispondo sobre as questões intrínsecas aos combates, a devida proteção ao emblema de organizações internacionais em áreas de conflitos, os status que recebem os prisioneiros e combatentes de guerra.

⁴ BYERS, Michael. **A lei da Guerra**: Direito internacional e conflito armado. São Paulo: Record, 2007. p. 143.

⁵ KRIEGER, César Amorim. **Direito Internacional Humanitário**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 101.

⁶ KRIEGER, César Amorim. 2008. *Ibid*, p. 104.

⁷ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Direito Internacional Humanitário e o direito internacional dos direitos humanos: Analogias e diferenças**. 2004. Disponível em: <<https://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/5yblif.htm>>. Acesso em: 06/10/2018.

O conceito do Direito Internacional Humanitário da forma que o conhecemos atualmente passou por evoluções históricas.

Portanto, o Direito Internacional Humanitário é um ramo da área de Direito Internacional Público que visa estabelecer princípios, normas e parâmetros durante o conflito armado, internacional ou interno. Para chegar até essa definição, necessário visualizar o contexto histórico em que o DIH surgiu em cenário.

O direito que decorre do conflito armado é tão antigo quanto o próprio fenômeno beligerante, ainda que nem sempre tenha sido disposto da forma com que é nos dias atuais. É possível encontrar escritos que contenham costumes praticados em tempos de guerra desde o ano 500 A.C.⁸, visando à limitação da guerra à sua motivação meramente estratégica e de necessidade militar, poupando os civis, prisioneiros de guerra e combatentes feridos. Notável também em outros períodos da história⁹ há preocupação com a causa humanitária, com os desdobramentos dos avanços bélicos para a população civil e os envolvidos diretamente com o conflito.

Diante desta perspectiva, o primeiro documento oficial – na forma de tratado internacional – criado para tratar dos assuntos humanitários foi a primeira Convenção de Genebra, em 1864, sendo a norma legal de maior destaque do DIH.

A origem do DIH contemporâneo deu-se quando Henry Dunant, um renomado homem de negócios de Genebra, visitou a Itália no ano de 1859 e deparou-se com a terrível Batalha de Solferino, entre tropas francesas e austríacas, embate que resultou em inúmeros feridos e mortos. Ao retornar para seu país, Dunant escreve suas memórias¹⁰ e propõe duas soluções: a criação de uma organização independente para providenciar os cuidados para soldados feridos em campo e um acordo internacional que garantisse proteção para tal organização focar exclusivamente na sua atuação. Os ideais de Dunant, somados com sua influência política e financeira na época, acarretaram na criação do que viria a ser, posteriormente, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) em 1863, e à adoção por 12 Estados signatários da primeira Convenção de Genebra.¹¹

Após a adoção deste primeiro instrumento legal, o corpo do tratado internacional se expandiu para incluir outras situações inseridas no contexto beligerante, bem como aumentar sua capacidade de proteção aos direitos tutelados, investindo vigorosamente no sistema de proteção internacional que estará por vir.

⁸ TZU, Sun. **A Arte da Guerra**. Santa Catarina: Lp&m, 2006.

⁹ ANTOINE A. BOUVIER. Instituto Para Treinamento em Operações de Paz. **Curso de Direito Internacional Humanitário e Direito dos conflitos armados**. Disponível em: <http://cdn.peaceopstraining.org/course_promos/international_humanitarian_law/international_humanitarian_law_portuguese.pdf>. Acesso em: 08 out. 2018.

¹⁰ HENRY DUNANT. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. **Lembrança de Solferino**. 2016. Disponível em: <<https://www.icrc.org/pt/publication/lembranca-de-solferino>>. Acesso em: 07 out. 2018.

¹¹ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (Org.). **International Humanitarian Law: A comprehensive introduction**. 2016. Disponível em: <<https://www.icrc.org/en/publication/4231-international-humanitarian-law-comprehensive-introduction>>. Acesso em: 07 out. 2018.

Evidente que as Convenções de Genebra – principal norma positivada com escopo de efetivar o DIH – evoluíram na medida em que os métodos e meios bélicos também alcançaram maior grau de lesividade, especialmente durante os períodos que se sucederam as Guerras Mundiais, onde mesmo as ferramentas de guerra já conhecidas pelo homem eram utilizadas em escalas sem precedentes. Por estas razões, as Convenções de Genebra e seus protocolos foram alterados e complementados ao longo dos anos, imperioso destacar que, não raramente, alguns avanços na legislação só foram implementados após a ocorrência dos fatos catastróficos, causando perdas irreparáveis à humanidade.

Inserida neste contexto por questões pessoais e tendo observado de perto os horrores da Segunda Guerra, a filósofa política Hannah Arendt (1906-1975) passou grande parte de sua vida voltada a refletir sobre os mais variados temas, sendo destacado entre eles as origens do regime totalitário e a banalização da violência, a violação de direitos básicos e a negligência com as pessoas em situação de vulnerabilidade. Suas obras, atualmente e mais do que nunca, são tidas como atemporais e de relevância ímpar ao ciclo político que o mundo (em especial a Europa e alguns países da América do Sul¹²) experimenta, onde os rastros do totalitarismo e fascismo voltam a assombrar como um fantasma por grupos de extrema-direita.

Em seu livro de maior notoriedade, *Origens do Totalitarismo*, que a consagrou dentre o círculo de influentes pensadores do século XX, Arendt pondera o nível de “descartabilidade” do ser humano, dotado de direitos inatos através da corrente jusnaturalista¹³, quando em momentos turbulentos da história, o direito a se ter direitos é negado.¹⁴

Sob o prisma das obras que versam sobre direitos humanos, utilizando conceitos de abordagem sociológica, política e filosófica, a versatilidade de Arendt – que priorizava o pensamento e a experiência vivida em detrimento da teórica pura – rende diferentes olhares para um mesmo tema.

2.2. Concepção contemporânea dos Direitos Humanos

Hannah Arendt, durante a construção do seu conceito de totalitarismo por meio da teoria compreendida em conjunto com a experiência vivida, concluiu que os direitos humanos não são um dado, mas um construído¹⁵ que está em constante transformação, sendo alterado de acordo com as necessidades e a invenção humana.

¹² **LE MONDE: Diplomatie Brasil.** São Paulo, 25 jul. 2017. Disponível em: <<https://diplomatie.org.br/entre-o-medo-o-desdem-e-a-colera-o-avanco-da-extrema-direita-no-brasil/>>. Acesso em: 07 out. 2018.

¹³ Definição por Norberto Bobbio em seu livro *A era dos direitos*, p. 30, 1990: “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.”

¹⁴ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2012. 565 p. Trad. Roberto Raposo.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional.** São Paulo: Saraiva. 6ª edição, 2015. p. 44.

Entre os períodos de ganhos históricos no âmbito dos direitos humanos, destaca-se as contribuições durante a era contemporânea destes direitos, introduzida pela Declaração Universal de 1948 e a Declaração de Viena, em 1993. A demanda das questões relacionadas aos direitos humanos surgiu com força total após a Segunda Grande Guerra, com o resultado catastrófico e devastador da negação de direitos no regime nazista, em que o principal violador da dignidade humana foi um Estado¹⁶.

A reconstrução dos direitos humanos e, principalmente, a internacionalização desses direitos fez-se pauta paradigmática para acrescer a prevenção de atrocidades de mesmo gênero de ocorrerem novamente, somando os esforços de criação de um sistema de proteção internacional de direitos humanos por parte dos Estados.¹⁷

A internacionalização dos direitos humanos deu-se nesse contexto, onde os direitos humanos durante a Segunda Guerra Mundial foram condicionados à uma parcela de pessoas que preenchiam determinados “requisitos” para tal, e com o fim dos conflitos, nasceu a urgência de universalizar esses direitos, tendo como base a volta da lógica de uma razoabilidade e dos parâmetros éticos. Nas palavras de Flávia Piovesan¹⁸: “Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar sua reconstrução.”

Diante da historicidade dos direitos humanos, sua concepção contemporânea nada mais é que a internacionalização destes direitos, com o advento da Declaração Universal de 1948 e confirmada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.¹⁹

2.3. Direito Internacional Humanitário e a Segunda Guerra Mundial

A Segunda Guerra Mundial (1939-1945) é considerada a guerra de maior repercussão a nível global, inserida em uma era, definida por Hobsbawn²⁰ como de curta duração, porém com catástrofes subsequentes²¹.

Para o historiador, durante os períodos de 1914-1945, as tensões entre potências mundiais e a instabilidade política que permeava toda a Europa e Extremo Oriente, com a ascensão de regimes fascistas, ultranacionalistas e imperialistas, somado às inovações tecnológicas no âmbito bélico, há a impressão de que apenas uma Grande Guerra ocorreu com uma pequena pausa temporal. O Tratado de Versalhes, pacto de paz assinado entre as potências envolvidas na Primeira Grande Guerra, oficializando seu fim, não foi aceita como

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. 2015. *Ibid*, p 45.

¹⁷ BUERGENTHAL, Thomas. *International human rights in a nutshell*. West. 4th edition, 2009.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. 2015. *loc cit*.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. 2015. *loc cit*.

²⁰ Eric Hobsbawn (1917-2012) foi um historiador britânico, escritor de livros e ensaios, conhecido especialmente pela sua trilogia de livros sobre História Contemporânea.

²¹ HOBBSBAWN, Eric. **Era dos extremos: O breve século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 30-39.

justa pela Alemanha, país que classificou o tratado como uma imposição, onde seus termos eram inegociáveis.

Devido ao ressentimento da derrota no seio do povo alemão, o fantasma do fascismo que rondava por muitos países europeus, tendo destaque principal na Itália, obteve espaço para se alastrar, junto ao militarismo que buscava crescimento e apoio popular após a derrota na Primeira Guerra.

Os avanços tecnológicos e industriais desde o fim desta guerra tornaram os métodos beligerantes extremamente lesivos, potencializando o armamento já conhecido pelo homem, além de buscar um novo leque bélico de técnicas sofisticadas de destruição em massa, como armas químicas e nucleares. Até então, o mundo não havia presenciado conflitos tão duradouros e danosos aos direitos básicos. O regime nazista, durante a prática do holocausto, exterminou 6 milhões de judeus²², o inimigo da nação escolhido para a expiação.

Com o fim da Segunda Guerra, apesar de evidenciar suas consequências atrozess ao longo dos anos seguintes, trouxe a urgência de uma reconstrução de direitos humanos à discussão em nível mundial²³, especialmente no que tange ao DIH.

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha, organização atuante durante o período da guerra nos 5 continentes, aumentou sua área de atuação não só para combatentes e ex-combatentes, mas atendeu e ofereceu assistência à população em meio aos locais de conflitos.²⁴ Infelizmente, tais esforços não foram suficientes para afirmar seu direito de ação humanitária nas áreas ocupadas durante a expansão alemã e nos campos de extermínio.

Em 1949, foram instauradas quatro Conferências Diplomáticas que geraram a adoção das quatro Convenções de Genebra (e posteriormente dois Protocolos Adicionais)²⁵, principal tratado internacional na área do DIH, vigentes até os dias atuais e ratificadas por 196 países, sendo o tratado internacional de maior adesão.²⁶

²² Estimativa com base em relatos e investigações realizadas por centros de documentação do Holocausto, sendo os principais Yad Vashem, em Jerusalém, e o Museu do Holocausto, em Washington. **EL PAÍS**. Madrid. 16 set. 2017. Retirado do site: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/13/internacional/1505304165_877872.html/>

²³ LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 117 e seguintes.

²⁴ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **História do CICV: Segunda Guerra Mundial**. 2010. Disponível em: <<https://www.icrc.org/por/who-we-are/history/second-world-war/overview-2-world-war.htm>>. Acesso em: 08 out. 2018.

²⁵ BRASIL. Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993. Promulga os Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados. **Convenções de Genebra e Protocolos Adicionais**. Brasília, 25 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0849.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

²⁶ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (Org.). **International Humanitarian Law: A comprehensive introduction**. 2016. Ibid.

As três Convenções de Genebra já haviam sido discutidas em anos anteriores, apenas sendo revisadas e complementadas nas Conferências de 1949, ao passo que a quarta Convenção de Genebra Relativa à Proteção dos Civis em Tempo de Guerra, em consequência dos fatos ocorridos durante a Segunda Guerra, que causou perdas irreparáveis à humanidade e trouxe sofrimento e danos desnecessários à população civil, teve importante destaque para a prevenção da prática de crimes contra a humanidade, genocídio, entre outros. A proteção que os civis gozavam, agora positivado em um tratado internacional e difundido entre a comunidade mundial é vista como uma das maiores melhorias em matéria de direito humanitário.

Outro avanço digno de destaque durante as sessões das Conferências Diplomáticas de 1949 foi a adoção do Artigo 3º comum²⁷ às quatro Convenções, em que prevê ineditamente em um diploma legal humanitário, a aplicação das regras determinadas nos referidos tratados para conflitos de caráter não-internacional.

Desta maneira, se torna evidente que os tratados internacionais foram sedimentados assertivamente após um longo período de tragédias para a civilização moderna, provocando reflexão em várias esferas do conhecimento (ex: política, filosofia, sociologia, economia), realçando a magnitude necessária que os direitos humanos devem possuir em uma sociedade evoluída por seu caráter inato e irrenunciável, ainda que em tempos de guerra.

3. Conceito de genocídio e a relação com o pensamento de Hannah Arendt

3.1. Implementação do DIH pelo Direito Penal Internacional

O importante dispositivo legal inserido no Direito Penal Internacional (DPI) e já invariavelmente aqui citado, é a vertente doutrinária de classificação do DIH, o Direito de Genebra – termo utilizado para referenciar as quatro Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais – significou, no plano internacional, a evolução do que anteriormente chamava-se “direito da guerra” ao que hoje conhecemos como direito internacional dos conflitos armados²⁸.

Para a consolidação do DIH como área em ascensão dentro do Direito Internacional Público, se deve, além das fontes comentadas, – Convenções de Genebra e seus Protocolos

²⁷ BRASIL. Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993. Promulga os Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados. **Convenções de Genebra e Protocolos Adicionais**. Brasília, 25 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0849.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

²⁸ AMBOS, Kai. **A parte geral do Direito Internacional Penal: Bases para uma elaboração dogmática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 115.

Adicionais, o direito consuetudinário internacional e os diplomas legais de origem interna de cada Estado signatário dos tratados em matéria humanitária – à outra área relevante no cenário internacional: o Direito Internacional Penal (DPI).

O Direito Penal, como matéria complementar às questões humanitárias, decorre de sua natureza repressiva em que objetiva a cessação de atos ou práticas que violem gravemente as normas estabelecidas pelo DIH. Ou seja, se as medidas de prevenção e monitoramento previstas nas Convenções de Genebra e nos Protocolos Adicionais falharem, caberá a repressão das violações de direito humanitário.

As obrigações, majoritariamente, são incumbidas aos Estados, na condição de parte, de processar e punir as violações dos preceitos humanitários com medidas disciplinares ou penais contra quem as comete.²⁹

Estas violações cometidas durante conflitos internacionais ou não internacionais estão descritas, entre outros documentos legais³⁰, no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI)³¹.

De acordo com o Estatuto em seu artigo 5º, a competência do TPI se restringirá aos crimes mais graves que poderão afetar a comunidade internacional em seu todo, sendo eles: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

3.2. O crime de genocídio sob a visão do DPI

Particularmente, o objeto de interesse do artigo se restringe ao crime de genocídio sob a justificativa do contexto histórico investigado, em que o genocídio, dentre os inúmeros crimes contra a humanidade, a vida, a dignidade humana praticados, foi o que mais causou choque e aversão mundial.

De acordo com o Estatuto de Roma, entende-se por genocídio qualquer ato que “praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal [...]”³². Além dessa definição atualmente utilizada no Tribunal Penal Internacional (TPI) desde a adoção do Estatuto de Roma, um importante marco para a definição do crime de genocídio, tida como um crime específico e distinto dos crimes de guerra³³

²⁹ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (Org.). **Direito Internacional Humanitário (DIH): Respostas às suas perguntas**. 2012. *Ibid*.

³⁰ Estatuto do Tribunal Militar Internacional em Nuremberg, Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia e Ruanda, etc.

³¹ Adotado na data de 17 de julho de 1998, em Roma, Itália; entrou em vigor, efetivamente, em 1º de julho de 2002. BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Brasília, 25 set. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

³² Artigo 6º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional:

³³ CASSESE, Antonio. **Cassese's International Criminal Law**. 3. ed. Oxford: Oxford, 2013. p. 109.

foi em 1948, quando a Assembléia Geral da ONU adotou a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio³⁴, sendo a definição admitida em todos os outros documentos legais posteriores.

É certo que, no preâmbulo da Convenção sobre o Genocídio, desde logo esclarece a essencialidade da cooperação internacional para o combate deste crime, tendo em vista que os horrores testemunhados durante a Segunda Guerra Mundial deixaram a comunidade internacional com uma sensação de impotência.

Contudo, a doutrina de Antonio Cassese³⁵ revela certa “ingenuidade” na formulação da Convenção ao assumir que, após os julgamentos dos crimes nazistas submetidos aos Tribunais Penais *ad hoc*, os Estados signatários comprometer-se-iam arduamente à repressão do genocídio, processando e julgando o crime na competência territorial do Estado em que foi cometido, segundo a previsão no Artigo 6^o³⁶.

Ainda assim, a Convenção sobre o Genocídio tem em seu bojo mais méritos do que falhas. Por exemplo, a Convenção ajusta uma ampla definição do crime e a obrigação dos Estados de impedir o genocídio vigora em tempos de paz e de guerra, além de punir atos acessórios relacionados ao genocídio, como a incitação e a conspiração³⁷.

A conceituação deste crime, graças ao sistema jurídico peculiar que forma o DIH, misto entre *common law* (decorrente da reiteração do direito consuetudinário no continente europeu, berço do direito humanitário) e *civil law* (por meio da força positivista que os tratados internacionais e demais documentos legais impõe aos Estados signatários), se deve inclusive à interpretação jurisprudencial e a resolução de casos perante as Cortes Internacionais competentes.

3.3. Hannah Arendt e a teoria política

A partir da experiência que a filósofa e teórica política Hannah Arendt teve com o regime totalitário, suas obras puderam traçar o que esse fenômeno inédito representou na época em que ocorreu, mas, especialmente, como ele foi analisado após ter se tornado passado.

³⁴ BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Decreto nº 30.822, de 06 de maio de 1952. Promulga a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas.. **Convenção Para A Prevenção e A Repressão do Crime de Genocídio**. Brasília, 06 maio 1952. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decree/1950-1959/decree-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 out. 2018.

³⁵ CASSESE, Antonio. 2013. *Ibid*.

³⁶ Art. VI - As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no art. III serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela corte penal internacional competente com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição.

³⁷ CASSESE, Antonio. 2013. *Ibid*., p. 113.

É certo dizer então que para se estudar a história sem filtros de nenhuma espécie, precisamos tomar distância dos acontecimentos para observá-los em outra ótica, mais ampla e multifacetada, a fim de que haja uma melhor compreensão e racionalização do que um dia existiu. Hannah Arendt, ao fim de sua obra *Origens do totalitarismo*, assim o afirma: “Pode ser até que os verdadeiros tranSES do nosso tempo somente venham a assumir sua forma autêntica - embora não necessariamente a mais cruel - quando o totalitarismo pertencer ao passado.”³⁸

Arendt, ao se dedicar a estudar com profundidade as origens de uma era de extremos, onde situações inimagináveis ocorriam em uma Europa dita “civilizada”, ambiente onde nasceram correntes que, anteriormente, prezavam pela liberdade e igualdade entre todos os seres humanos (como foi o Iluminismo), o seu pensamento mergulhou em um tema que se mantém atual e necessário, para infortúnio das sociedades democráticas: como surgem os regimes de total dominação das massas? como podem tais estruturas de poder suportar ideias e crenças que fomentam a exclusão, a ausência de racionalidade, a desindividualização do ser humano e a negação de direitos básicos, como premissa essencial? como o mundo (em especial, o povo alemão) pode presenciar e até mesmo colaborar com o extermínio de outros seres humanos, tido como “solução final”³⁹?

Hannah Arendt passou a sua vida buscando compreender o mundo e as relações que a cercavam, e para isso utilizou suas bases solidificadas pelos estudos de filosofia, teologia, política. Teve como professor e grande influenciador em suas convicções o filósofo Martin Heidegger. Escreveu inúmeros ensaios sobre temas diversificados, como cidadania, direitos humanos, automação no trabalho, crimes contra a humanidade, mentiras na política.⁴⁰ Durante os conflitos da Segunda Guerra, fugiu de seu país de origem e tornou-se uma apátrida, fato que a marcou intensamente e refletiu diretamente em seu trabalho, pois sem a sua cidadania, sem “pertencer à alguma instituição ou governo” faria com que suas garantias à direitos lhe fossem negadas e negligenciadas, não bastando, portanto, a única característica de ser parte da raça humana.

Após sua consagração com a publicação de *Origens do Totalitarismo* e outras obras nos Estados Unidos, Arendt era reconhecida por ser uma importante pensadora política da contemporaneidade. Assim, em 1961, foi escolhida pela revista *New Yorker* para cobrir o julgamento de Adolf Eichmann, nazista criminoso de guerra, em Jerusalém. Sua contribuição para a revista levantou uma das mais importantes questões trabalhadas por ela no tocante

³⁸ ARENDT, Hannah. 1990, Ibid, P. 512.

³⁹ Termo utilizado pelos nazistas para se referir ao plano de aniquilação dos judeus na Europa, usando dos campos de concentração espalhados pelos países ocupados pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial.

⁴⁰ MOISÉS, Cláudia Perrone. 2018. Ibid.

a definição do que ocorreu durante o holocausto judeu, e a concepção utilizada de mal.⁴¹ Tão grande o destaque recebido que seus apontamentos foram transformados em livro, posteriormente.

Por intermédio de sua carreira como escritora e professora, Arendt se mostrou, com todos os méritos, uma das mais influentes pensadoras do século XX, procurando, não convencer ou agregar leitores que concordassem com todas as suas impressões, mas apenas exercitar sua compreensão, fomentar o pensamento apaixonado e racional tanto quanto relacionar a teoria política com a expansão de suas experiências pessoais.

3.4. O fenômeno inédito do Totalitarismo

Muitas considerações ao regime totalitário foram feitas por Arendt, na tentativa de explicar o que até então parecia inexplicável: a ascensão de um regime que desumaniza seus integrantes, relativiza a própria natureza humana de ser diversificada e plural, coexistindo e compartilhando espaços e pensamentos entre si e outras espécies.

A autora traçou, então, algumas características marcantes do regime totalitário. A propaganda totalitária é um dos primeiros passos, “Por existirem num mundo que não é totalitário, os movimentos totalitários são forçados a recorrer ao que comumente chamamos de propaganda. Mas essa propaganda é sempre dirigida a um público de fora — sejam as camadas não totalitárias da população do próprio país, sejam os países não totalitários do exterior.”⁴²

De início, a instauração do totalitarismo em uma nação é realizada de maneira atenuada, sendo feitas ameaças veladas à oposição ao mesmo tempo em que difundem suas ideias às massas. A propaganda sempre será direcionada ao mundo exterior, enquanto o movimento totalitário busca doutrinar a nação, isolando-a de interferências externas.

Ao completar a doutrinação dos indivíduos ao mesmo tempo em que utiliza o terror para manter a ordem, ao passo em que se prepara para a próxima etapa, em que a burocracia e o dever de cumprir “decisões administrativas” pesam mais do que o apreço e respeito pela própria lei.

Desta maneira, não havendo obediência à lei, o coletivo começa a se desconectar e se transformar, gradualmente, em um grupo de indivíduos isolados entre si, em um estado constante de medo e insegurança provocados pela imprevisibilidade dos próximos acontecimentos. Para Arendt, “O isolamento e a impotência, isto é, a incapacidade básica de agir, sempre foram típicos das tiranias.”⁴³

⁴¹ HANNAH ARENDT. Eichmann in Jerusalem: : A report on the banality of evil. **New Yorker**, New York, p.1-312, 16 fev. 1963. Disponível em: <<https://www.newyorker.com/magazine/1963/02/16/>>. Acesso em: 11 out. 2018.

⁴² ARENDT, Hannah. 1990. *Ibid*, p. 303.

⁴³ ARENDT, Hannah. 1990. *Ibid*, p. 406.

Ainda, afirma os campos de concentração como o símbolo extremo da dominação total completada com sucesso, ou seja, o principal objetivo a ser alcançado pelo Estado totalitário é a exterminação de todos aqueles considerados “inimigos da pátria”. A desumanização dos indivíduos e a descartabilidade da condição humana, ou seja, rejeitar o que nos torna humanos, doutrinar que a liberdade e a pluralidade não é essencial ao sentido à vida, quando na realidade é exatamente o oposto⁴⁴. Essa é a característica principal de um regime totalitarista, extremamente dependente dessa crença para obter o resultado que almeja.⁴⁵

3.5. Teoria da banalidade do mal

Em 1961, ao aceitar a tarefa de cobrir para uma revista o julgamento de Adolf Eichmann em Jerusalém, Arendt o fez com o intuito de tentar compreender as razões do indivíduo, enquanto parte de uma sociedade totalitária na época dos fatos que terminaram por levá-lo à julgamento, ou até mesmo de encontrar alguma espécie de culpa. Seus escritos, que mais tarde se tornaram um livro, indicam uma mudança drástica na forma da autora de definir o totalitarismo e o mal que acometeu toda uma nação.

Para visualizar a mudança de viés na teoria de Arendt, em *Origens do Totalitarismo*, empresta o conceito de “mal radical” para justificar que os nazistas reconheçam a superioridade de uma “raça” com determinadas características em detrimento das outras, justificando assim a descartabilidade de alguns seres humanos em prol de uma suposta prosperidade da Alemanha. Porém, ao se encontrar face a face com um membro de grande relevância nos planos nazistas, ver como ele se portava e como pensava sobre todos os acontecimentos envolvendo a “questão judia”, Arendt elaborou uma nova concepção sobre o mal, que seria considerado por ela, banal.⁴⁶

Ora, o regime totalitário instaurado na Alemanha em meados dos anos 30 não necessariamente produziu pessoas de caráter genuinamente maligno, de inteligência ardilosa e pronta para perpetuar danos irreparáveis aos demais, rotulados como inimigos da nação. O que de fato ocorreu foi o estímulo, através da sanção de leis e decretos, à ausência do pensamento dos indivíduos por si mesmos, do poder de questionamento sobre suas ações e que consequências elas teriam.

⁴⁴ “Estados totalitários procuram constantemente, embora nunca com pleno sucesso, demonstrar a superioridade do homem — pela arbitrária escolha de vários grupos para os campos de concentração, pelos constantes expurgos do aparelho do governo, pelas liquidações em massa.” ARENDT, Hannah. 1990. *Ibid*, p. 387.

⁴⁵ NEWTON BIGNOTTO. Arendt e o Totalitarismo. *Cult*, São Paulo, v. 21, p.16-19, 12 out. 2018. Mensal.

⁴⁶ FRY, Karin A. *Compreender Hannah Arendt*. São Paulo: Vozes, 2010. p. 45.

Tendo como exemplo vivo o ex-tenente da SS, Arendt percebeu que Eichmann não se intitulava como culpado dos crimes pelos quais respondia e sim como um burocrata comum, totalmente medíocre amparado pelas leis até então vigentes e pelo regime político que o conduzia a agir daquela maneira.

A insensibilidade de Eichmann de se rebelar ao que estava acontecendo em seu redor e a sua incapacidade de se questionar e questionar as decisões que deveria cumprir foram, para a filósofa, sua principal falha de caráter.⁴⁷ Arendt conseguiu demonstrar, por meio de suas experiências durante a guerra e após, presenciando o julgamento de Eichmann, que a falta da consciência do ser humano e a incapacidade de sentir e pensar por si próprio foi o legado do totalitarismo, e por consequência, da proporção dos atos perpetrados na Alemanha nazista.

É de conhecimento comum que, entre os principais crimes de guerra ocorridos durante o período nazista, o genocídio (ou holocausto, como ficou conhecido) é o de maior destaque, seja pela perversão dos atos, seja pela quantidade expressiva de vítimas feitas. O totalitarismo da Alemanha de 1930 tinha como projeto e pauta política o extermínio sistemático de minorias, sendo os alvos judeus, ciganos, negros, comunistas ou qualquer oposição ao regime de governo.

Este governo, implantado inicialmente em pequenas doses, tornando suas ideias extremistas e higienistas mais palatáveis à população, aproveitou-se da instabilidade política, sentimentos de culpa e vergonha social e a mancha que a primeira guerra havia criado no orgulho dos alemães. A propaganda e a doutrinação, caracterizados por Arendt, foram responsáveis pelo fenômeno que mais tarde a filósofa denominaria de “banalidade do mal”: os cidadãos, sem nenhuma orientação moral em um cenário nebuloso de guerra, acabou por ceder ao governo sua característica mais preciosa: sua mente. De acordo com Arendt, o maior mal é aquele que é cometido por ninguém, ou seja, por um ser humano que se recusa a ser uma pessoa.⁴⁸

O totalitarismo, com sucesso até certo ponto, conseguiu alcançar seu objetivo, pois a falha moral que acometeu os indivíduos que participaram do terrível genocídio do povo judeu, permitiu que os crimes na Segunda Guerra Mundial tomassem a expansão que tomaram. Apenas após os fatos que decorreu a justicialização dos direitos humanos violados, em âmbito internacional.⁴⁹

⁴⁷ STOLCKE, Verena. Pluralizar o universal: guerra e paz na obra de Hannah Arendt. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 93-112, abr. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132002000100004&lng=en&nrm=iso>. access on 16 Oct. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-93132002000100004>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁴⁸ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 177.

⁴⁹ Termo trazido pela autora Flávia Piovesan em seu livro *Direitos Humanos e Justiça Internacional*.

3.6. Genocídio e identidade de grupo

Ao se referir sobre o crime de genocídio em *Eichmann em Jerusalém*, Hannah Arendt não faz nenhuma distinção de origem legal entre “crimes contra a humanidade” e “genocídio”, visto que ela tinha conhecimento mínimo sobre a terminologia legal utilizada, por exemplo na Convenção sobre o Genocídio e o Estatuto de Nuremberg⁵⁰.

De fato, Arendt usava os dois termos como sinônimos pois, em seu entendimento, o crime de genocídio era paradigmático dentro dos crimes elencados contra a humanidade, ofendendo à humanidade em si. Ater-se à esses detalhes seria ignorar a contribuição que seu pensamento trouxe ao tema, devendo, pois, serem relevados para alcançar o objetivo da pesquisa acadêmica.

Para a teórica, o crime de genocídio cometido pela Alemanha nazista era conceituado igualmente ao o regime totalitarista, já descrito em *Origens do Totalitarismo*, ou seja, fato sem precedentes. A novidade do totalitarismo estava em seu *modus operandi*, assim como o crime de genocídio na modernidade⁵¹: o campo da moral e política foram extremamente deturpados através da propaganda, da doutrinação e da violência, de maneira com que as pessoas não teriam um compasso ou modelo anterior a seguir.

Assim, a inversão do que seria aceito como crime, em um regime totalitário, são as circunstâncias que podem tornar impossível para a massa saber ou sentir que o que está acontecendo é errado.⁵² Um Estado baseado em valores que são essencialmente criminosos, tal situação excepcional deve ser julgada também de forma excepcional, não se aplicando os procedimentos de situações onde o crime é a exceção e não a regra; o crime é legalizado e a lei é criminosa⁵³.

Similarmente à filósofa, muito contribuiu na definição de comunidade o jurista polonês Raphael Lemkin, que aprofundou seus estudos em crimes contra a humanidade e é considerado o criador do termo “genocídio”. Para ele, grupos nacionais ou étnicos são essenciais à humanidade porque são valorados acima dos indivíduos que os compõe.⁵⁴ Seus estudos levaram à conclusão de que grupos nacionais, étnicos, religiosos ou raciais merecem tutela legal contra as intenções propositais de destruí-los, em parte ou total. Essa definição é o que, para Lemkin, distinguiria o crime de genocídio do crime de extermínio.

⁵⁰ LUBAN, David. **Hannah Arendt as a Theorist of International Criminal Law**. Georgetown: Georgetown Public Law And Legal Theory Research Paper, 2011. 31 p. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/619/>>. Acesso em: 12 out. 2018.

⁵¹ LUBAN, David. 2011. *Ibid*.

⁵² ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*, 2nd ed. Meridian, 1958. P. 276.

⁵³ ARENDT, Hannah. 1958. *Ibid*, p. 292.

⁵⁴ LEMKIN, Raphael. *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*. Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1944. p. 91.

Apesar da semelhança inicial, Arendt não julga o valor de uma comunidade por indivíduos “geniais” que a compõe. A pluralidade que a filósofa tanto estuda é a diversidade de indivíduos dentro dessas comunidades, suas características únicas que os definem e não a diversidade do grupo, em si. Em seu livro *A condição humana*, o paradoxo levantado por Arendt é a pluralidade de seres únicos, apesar de serem iguais ao compartilhar sua existência com outros seres.

O que determina a identidade de um grupo é sua ação conjunta política, ao invés de meramente sua afinidade social. A política, artificialmente construída, não desmerece sua importância apenas por se tratar de uma construção não-natural, atribuído significado através da experiência humana. A ação política, de acordo com Arendt, é o que define a condição humana de pluralidade.⁵⁵

O valor de uma comunidade pode ser observado através das ações políticas que reclamam, o que não diminui o peso de sua história, cultura, língua, religião ou qualquer outra característica que os destaca entre os demais. Dessa forma, Arendt não distingue o extermínio do genocídio, ao contrário de Lemkin; e ainda mais, ela definitivamente incluiria os grupos políticos na proteção contra o crime de genocídio, controversamente excluído do seu conceito pelos diplomas legais disponíveis atualmente.

4. Conclusão

Por meio da análise histórica realizada, é correto afirmar que a falta de legislação internacional pertinente à matéria de genocídio corroborou com as atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, com ênfase principalmente na “Solução Final”, projeto idealizado pelo regime nazista alemão. O cenário mundial caótico e complexo impediu que Estados e até mesmo organizações internacionais de Direito Humanitário, como a Cruz Vermelha, interferissem visando a proteção dos direitos humanos violados. Infelizmente, apenas após duas Guerras Mundiais consecutivas a comunidade internacional tomou os conflitos armados como responsabilidade de todos.

A partir disso, o DIH moderno teve grande desenvolvimento com o auxílio da recém criada ONU, da elaboração de tratados internacionais na matéria humanitária e do engajamento por parte dos Estados, da atribuição de responsabilidade jurídica dos países em nível interno e internacional.

Por esta razão, Hannah Arendt teve importante papel entre os pensadores do século XX, ao construir da definição do totalitarismo e suas raízes, utilizando de sua própria vivência para tal. Esta definição está explicitamente conectada com o crime de genocídio em sua obra, pois o genocídio seria apenas o método e o objetivo final do regime totalitarista.

⁵⁵ LUBAN, David, 2011. Ibid.

Abordou, entre diversos outros temas, os crimes contra a humanidade (que, em sua fala, é sinônimo do genocídio) e seu impacto devastador na cultura e vida de um país, bem como na memória e história das minorias que foram atingidas.

Arendt também foi convidada a cobrir o julgamento de um membro do alto escalão nazista, Adolf Eichmann, e fez ponderações deveras interessantes sobre o que levou o totalitarismo, assunto do qual já havia criado conteúdo, a ser aceito com pouca resistência por toda uma nação.

Em seus escritos, perceptível a preocupação de compreender o fenômeno inédito do totalitarismo, que teria como objetivo teórico a dominação de uma ideologia e a morte da democracia, além do objetivo prático, que seria a exterminação deliberada dos grupos que oferecessem risco à esse plano, ou simplesmente fossem tidos como o “inimigo em comum” da nação totalitária.

Na ocasião do julgamento de Eichmann, Arendt então trouxe uma visão diferenciada do que tinha dito em 1951, em seu livro *Origens do Totalitarismo*. Nesta obra, a filósofa empresta a definição de mal radical de Immanuel Kant para justificar que os atos cometidos pelos nazistas e a convivência com a situação por parte dos cidadãos alemães eram de forma consciente e politizada. Já, ao se deparar com um nazista “de carne e osso”, Arendt revela que o mal percebido por ela, fonte da perpetuação do totalitarismo, era justamente a falta da consciência do que acontecia na época, causada pela ignorância moral e crítica de Eichmann, que não se visualizava como um culpado dos crimes pelos quais estava sendo acusado.

Além disso, Arendt divagou sobre outros assuntos de relevância para o DIH, como a jurisdição do caso de Eichmann, detida pelo Estado israelense a fim de processar e julgar os crimes cometidos contra o povo judeu.

Para ela, apesar da justificativa adequada de Israel em manter a competência para si (pelo fato de envolver os sujeitos inseridos na comunidade judaica), havia a possibilidade de um Tribunal Penal Internacional de caráter permanente ou até mesmo uma corte nacional de qualquer país onde os crimes ocorreram ter perfeita capacidade para julgar, evitando também o que muitos chamam de “julgamento político” ou de “vingança privada” das vítimas. Tão relevante essa maneira de pensar jurídica que o próprio TPI, instaurado em 2002, utiliza o princípio da complementaridade, ou seja, a prioridade das cortes nacionais (que sejam soberanas e capazes para tal) em julgar os crimes previstos no Estatuto de Roma.

Outro conceito desenvolvido ao longo de suas obras é o de identidade de grupo. Para identificar um grupo, a teórica estabeleceu que não bastasse apenas suas afinidades sociais, ou até mesmo suas semelhanças raciais, étnicas, religiosas e culturais (não excluindo-as, também), mas sim as ações e decisões políticas que indivíduos, únicos em sua condição humana, tomam enquanto parte de um grupo pluralizado.

A filósofa e teórica política alemã, durante toda sua vida, buscou compreender os fenômenos do mundo que a cercava, ainda que para isso precisasse receber duras críticas de outros pensadores de sua época. Sua contribuição para a construção de um Direito Internacional Humanitário mais avançado e eficaz, além da atemporalidade de sua fala, trazem a possibilidade de uma utilização de suas obras de maneira mais assertiva pela jurisprudência internacional no que se refere à proteção dos direitos humanos e seus sistemas. Outras fontes que não legais podem e devem ser incorporadas no Direito, pois a política, a filosofia, a antropologia, a história e a sociologia são áreas que deram início ao pensamento jurídico, sendo, da mesma forma, essenciais para sua evolução.

Referências

- AMBOS, Kai. **A parte geral do Direito Internacional Penal: Bases para uma elaboração dogmática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 115.
- ARENDR, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. 565 p. Trad. Roberto Raposo.
- ARENDR, Hannah. Eichmann in Jerusalem: : A report on the banality of evil. **New Yorker**, New York, p.1-312, 16 fev. 1963. Disponível em: <<https://www.newyorker.com/magazine/1963/02/16/>>. Acesso em: 11 out. 2018.
- ARENDR, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 177.
- ARENDR, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*, 2nd ed. Meridian, 1958. P. 276.
- BENHABIB, Seyla; TSAO, Roy T.; VEROVSEK, Peter J. *Politics in Dark Times: Encounters with Hannah Arendt*, 2010. Cambridge: Cambridge University Press. p. 205.
- BIGNOTTO, Newton. Arendt e o Totalitarismo. **Cult**, São Paulo, v. 21, p.16-19, 12 out. 2018. Mensal.
- BOUVIER, Antoine A. Instituto Para Treinamento em Operações de Paz. **Curso de Direito Internacional Humanitário e Direito dos conflitos armados**. Disponível em: <http://cdn.peaceopstraining.org/course_promos/international_humanitarian_law/international_humanitarian_law_portuguese.pdf>. Acesso em: 08 out. 2018.
- BUERGENTHAL, Thomas. *International human rights in a nutshell*. West. 4th edition, 2009.
- BYERS, Michael. **A lei da Guerra: Direito internacional e conflito armado**. São Paulo: Record, 2007. p. 143.
- CASSESE, Antonio. **Cassese's International Criminal Law**. 3. ed. Oxford: Oxford, 2013. p. 109.
- CLÁUDIA PERRONE MOISÉS (Brasil). Um pensamento atual. **Cult**, São Paulo, v. 9, p.5-8, jan. 2018.
- COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (Org.). **Direito Internacional Humanitário (DIH): Respostas às suas perguntas**. 2015. Disponível em: <<https://www.icrc.org/pt/publication/direito-internacional-humanitario-dih-respostas-suas-perguntas>>. Acesso em: 05 out. 2018.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (Org.). **Direito Internacional Humanitário e o direito internacional dos direitos humanos: Analogias e diferenças**. 2004. Disponível em: <<https://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/5yblf.htm>>. Acesso em: 06/10/2018.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (Org.). **International Humanitarian Law: A comprehensive introduction**. 2016. Disponível em: <<https://www.icrc.org/en/publication/4231-international-humanitarian-law-comprehensive-introduction>>. Acesso em: 07 out. 2018.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (Org.). **História do CICV: Segunda Guerra Mundial**. 2010. Disponível em: <<https://www.icrc.org/por/who-we-are/history/second-world-war/overview-2-world-war.htm>>. Acesso em: 08 out. 2018.

DUNANT, Henry. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. **Lembrança de Solferino**. 2016. Disponível em: <<https://www.icrc.org/pt/publication/lembranca-de-solferino>>. Acesso em: 07 out. 2018.

FRY, Karin A. **Compreender Hannah Arendt**. São Paulo: Vozes, 2010. p. 45.

HOBBSBAWN, Eric. **Era dos extremos: O breve século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 30-39.

KRIEGER, César Amorim. **Direito Internacional Humanitário**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 101.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 117 e seguintes.

LEMKIN, Raphael. Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress. Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1944. p. 91.

LUBAN, David. **Hannah Arendt as a Theorist of International Criminal Law**. Georgetown: Georgetown Public Law And Legal Theory Research Paper, 2011. 31 p. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/619/>>. Acesso em: 12 out. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva. 6ª edição, 2015. p. 44.

STOLCKE, Verena. Pluralizar o universal: guerra e paz na obra de Hannah Arendt. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 93-112, abr. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132002000100004&lng=en&nrm=iso>. access on 16 Oct. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-93132002000100004>. Acesso em: 14 out. 2018.

OS REFLEXOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NOS CÁRCERES BRASILEIROS E A ANULAÇÃO DA HUMANI- DADE DO PRESIDIÁRIO: UM RECORTE PSICOLÓGICO

LARISSE LEMOS DE OLIVEIRA*
ROBERTA MARTINIC CAUDURO**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A mentalidade punitivista e a doutrina do direito penal do inimigo; 2.1. O direito penal do inimigo no contexto brasileiro; 2.2. O elemento psicológico punitivista do direito penal do inimigo; 2.3. Os efeitos do encarceramento em massa e superlotação; 3.1. Elementos psicológicos da violação; 3. A violação dos direitos humanos no cárcere; 4. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A mudança paradigmática na racionalidade penal da América Latina contemporânea a partir da segunda metade do século XVIII¹ trouxe consideráveis mudanças à realidade criminal local, inaugurando um novo sistema penal.

É impossível pensar nessa transição sem observar os efeitos que a crescente preocupação com o cumprimento dos direitos humanos pós-revolução francesa e a estrita observância à dignidade humana em todas as instâncias.

Mais tarde, com o advento da 2ª Guerra Mundial, a comunidade criminóloga mais uma vez se volta às questões humanitárias que cercam e tangenciam a aplicação do direito penal. Desde então, se observou uma expansão das doutrinas voltadas ao olhar do indivíduo em conflito com a lei sob a perspectiva da garantia e efetivação integral de seus direitos fundamentais.

* Graduada em Psicologia na Universidade Federal do Paraná - UFPR (Curitiba- PR, Brasil).

** Graduada em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (Curitiba- PR, Brasil). Bolsista de Iniciação Científica (PIBIC) da PUCPR/Fundação Araucária em 2016/2017 e 2019/2020.

¹ Pires, Álvaro P. "Aspectes, traces et parcours de la rationalité pénale moderne". In: Debuyst, Christian, Digneffe, Françoise e Pires, Álvaro. Les savoirs sur le crime et la peine — vol. 2: La rationalité pénale et la naissance de la criminologie. Bruxelas: De Boeck Université, 1998, pg. 52.

Nesse sentido, muitos esforços se voltaram para a produção legislativa e doutrinária, além das ações afirmativas acerca dos direitos dos réus e condenados tanto na fase de inquérito, quanto no curso do processo penal e também na execução das penas.

No entanto, verifica-se que nas últimas duas décadas se observa um crescente - e em primeiro momento, injustificável - aumento dos discursos punitivistas nas últimas duas décadas. Esse movimento repercute também dentro do judiciário e das demais instituições estatais, de maneira que as garantias duramente efetivadas nos últimos anos têm sido desestabilizadas pela vontade de punir da sociedade civil.

Infortunadamente, o contexto brasileiro é exemplo perfeito desta desvalorização dos direitos humanos de réus e condenados. Já no início do processo penal, a mera acusação muitas vezes já tem peso de condenação transitada em julgado para o povo e o Estado, de modo que o indivíduo é excluído da condição de “cidadão” no sentido de pertencimento e cumprimento das normas impositivas estatais.

Desta maneira, questiona-se se o processo penal e a execução de pena no Brasil de fato já ultrapassaram a mentalidade inquisitória, visto que a realidade das prisões atualmente nada condiz com um sistema acusatório.

Neste contexto, se utiliza da doutrina de Jakobs acerca da teoria do direito penal do inimigo para entender sob a perspectiva psicológica a vontade de punir e estigmatizar, levando ao encarceramento em massa e conseqüente violação aos direitos fundamentais dos apenados.

Isto posto, se pretende responder duas questões: Qual o impacto da mentalidade punitivista no cerceamento dos direitos humanos no cárcere?; e quais os efeitos dessa violação na reinserção dos presos?

2. A mentalidade punitivista e a doutrina do direito penal do inimigo

Para compreender quais os efeitos da mentalidade punitivista na compactuação com a teoria do direito penal do inimigo faz-se necessária, de maneira imediata, a análise dos fins do encarceramento sob o viés da Teoria Geral da Pena - o funcionalismo penal - para compreender a dupla função que exerce o apenamento de indivíduos em conflito com a lei penal.

Atualmente, a doutrina reconhece a criminalização e conseqüente apenamento tem caráter dúplice. De um lado, é composto pela prevenção geral negativa, que confere à criminalização papel eminentemente utilitarista, livre de qualquer juízo ético, com o fim único de intimidar aqueles que possam se sentir na tentação de cometer delitos².

² ZAFFARONI, E. Raúl e BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003; p. 117.

Em sentido contrário, a prevenção geral positiva exerce influência nos demais indivíduos, que ainda que de início não se sintam tentados a cometerem ilícitos, fazem parte do acordo para reafirmar a confiança no sistema coletivo, de maneira a demonstrar que a pena tem efeito maior que o resultado do ilícito produzido. Isto significa dizer que a sociedade somente se torna estável se os cidadãos tiverem certeza da vigência absoluta da norma jurídica, de modo que não se deve esperar um comportamento desviante ao ordenamento jurídico.

Neste contexto, a teoria sistêmica de Gunther Jakobs do Direito Penal do Inimigo em 1985 promoveu polêmicas quando sugeriu que a “legislação penal, sobretudo na Alemanha, já estava contaminada por caracteres que ele definia como um modelo de Direito Penal completamente diferente dos paradigmas do modelo liberal-clássico”³.

Se em um primeiro momento Jakobs fazia severas críticas a este tratamento ‘especial’ a um grupo de indivíduos, em 1999 mudou radicalmente de posição e passou a compactuar com a legitimidade de uma divisão entre os receptores da lei penal: os cidadãos, ou amigos, e os inimigos.

Desta forma, o termo direito penal do cidadão é utilizado para designar o tratamento normativo-penal benéfico dado ao autor do delito baseando-se em suas condições pessoais, sob a convicção que enquadrariam-se nesse tratamento os indivíduos que tiveram condutas desviantes ao padrão de maneira incidental, supondo que não tomariam essa atitude como regra e tampouco seriam difíceis de manter nas condutas sociais esperadas.

Em sentido contrário, o direito penal do inimigo designa o tratamento dado àqueles cuja conduta possui tamanho grau de reprovabilidade, demonstrando que não segue e não seguirá jamais as normas de cidadania, que se tomariam as regras de um estado de guerra - e portanto, de excepcionalidade - para descaracterizar essa qualidade do indivíduo, tratando-o como um “não-ser”.

A figura do inimigo, portanto, corresponde à visão de que há pessoas que não aceitam as imposições do ordenamento jurídico, tendo abandonado o direito de modo supostamente duradouro, e não incidentalmente⁴ como é o caso do amigo, resultando na desconsideração de sua cidadania - e conseqüentemente, de sua humanidade - pela população.

Para legitimar este instituto, Jakobs fundamenta-se na doutrina de Kant acerca do estado de natureza: todo cidadão pode obrigar outro a obedecer uma constituição cidadã, mas sendo negativa a reação, o indivíduo deve abandonar a vizinhança⁵.

³ MORAES, Alexandre Rocha. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: 'O Direito Penal do Inimigo'**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 157. 2016.

⁴ SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002, p. 149.

⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Existe um Direito Penal do Inimigo no Brasil?** Jusbrasil, 2017. Disponível em: <https://jpmartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/469083933/existe-um-direito-penal-do-inimigo-no-brasil>. Acesso em 27 de maio de 2019.

Assim, o cidadão, ou amigo, seria aquele com capacidade de voltar ao seu estado civil após delinquir, enquanto o inimigo é tomado pelo seu estado natural de liberdade e luta, sendo indomável.

Frente a estas figuras, o Estado poderia proceder de dois modos : vendo-o como pessoas que delinqüem, que cometeram um mero desvio de conduta, ou indivíduos aos que há de impedir mediante coação que destruam o ordenamento jurídico⁶.

Fundamentalmente, cumpre destacar que a teoria do direito penal do inimigo é dotada de três elementos fundamentais. O primeiro é o amplo adiantamento da punibilidade, que atinge os fatos cometidos anteriormente à lesão do bem jurídico, como forma de não apenas manter a vigência da norma, mas também combater os perigos⁷.

O segundo elemento trata das penas desproporcionalmente altas, uma vez que entende-se que enquanto o sujeito for considerado como inimigo, cumprirá pena, sem perspectiva de seu término. Assim, se manifestaria à sociedade o exemplo de que sair do estado de cidadão (e portanto, do Estado de Direito) para o estado de inimigo não possui qualquer benefício.

Por fim, o último elemento, ao qual o presente artigo pretende asseverar a mais dura crítica é a supressão de garantias processuais constitucionais e de direitos fundamentais: o inimigo deverá ter suas garantias cerceadas, visto que são prerrogativa exclusiva dos cidadãos plenos.

Deste modo, antes mesmo do trânsito em julgado da sentença condenatória, o inimigo já é tido como tal pelo Estado.

Contudo, o cerceamento dos direitos constitucionais à dignidade humana, à presunção de inocência e ao devido processo legal, não se encerram com o fim do processo. A execução da pena, como se passará a demonstrar, é o momento em que o apenado tem não apenas cerceados seus direitos fundamentais, mas violados assertivamente pelo Estado.

2.1. O direito penal do inimigo no contexto brasileiro

Com altos níveis de criminalidade, o cenário atual brasileiro é regido pela insegurança, o medo e o desespero perante as crises econômicas do país e do mundo, levando uma massa brasileira à crença de são 'amigos', ou 'cidadãos', cercados por inimigos que continuamente os colocam em risco, seja sua vida ou seu patrimônio.

Desta maneira, os crescentes níveis de criminalidade aliados à frieza no cometimento de alguns delitos, anunciados exaustivamente pela mídia, que exerce papel relevante neste

⁶ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madri: Civitas p. 47.

⁷ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madri: Civitas. 2003, pg. 35

contexto, fizeram com que no Brasil a conduta a se esperar não mais seja a de obediência, mas sim a conduta desviante.

Por este motivo o brasileiro médio, que se entende como o 'cidadão' na teoria de Jakobs, passou a considerar a aplicação do direito penal do inimigo como a melhor solução para o problema da criminalidade no país, vez que entende como melhor excluir o indivíduo da sociedade civil do que mantê-lo inserido e viver com medo.

Cabe destacar que é notório quem se enquadra como cidadão de acordo com as premissas da própria sociedade: são os mais afortunados, brancos, trabalhadores e correspondentes aos ideais morais: cristãos, heteronormativos, etc. Assim, resta classificada como inimiga o restante da massa populacional, formada por minorias - não em tamanho, mas em direitos, conforme a segunda premissa da teoria em questão: são os pobres, negros, pretos, não correspondentes aos padrões morais esperados: não-heteronormativos, agnósticos ou de religiões de matrizes diferentes, fora do eixo dos 'bons costumes'.

Desta maneira, a sociedade civil e o Estado entendem como mais adequado excluir essa massa da sociedade, por não se tratarem de cidadãos em conformidade com a lei. E mais: não se tratando de cidadãos, não teriam os direitos e garantias de quem o é, motivo pelo qual sequer são considerados como seres humanos dignos de proteção legal.

Consequentemente, não só o processo penal, mas a aplicação de pena é destinada a excluir os indivíduos em conflito com a lei da sociedade civil, deixando de garantir-lhes seus direitos fundamentais em detrimento de garantir ao povo o sentimento de vitória e segurança.

A opção que o Estado faz, portanto, é de excluir por meio do aprisionamento toda a população que entende como inimiga, resultando no encarceramento em massa.

2.2. O elemento psicológico punitivista do direito penal do inimigo

A construção histórico-social da mentalidade punitivista permitiu uma mudança no modo de adestramento social na era contemporânea. De acordo com Foucault⁸, o mecanismo de punição transpôs o ato praticado para um modo que visa o controle dos que podem ser efetuados, dependendo do sujeito. Esse dispositivo, denominado de "periculosidade" pelo autor, desqualifica e inferioriza certas identidades.

Presente até hoje, este dispositivo reforça que o pertencimento a certo grupos, como de raça e classe social, prova uma potencial criminalidade. Sem fundamentos teóricos e práticos, essas impressões são fortalecidas por meio de teorias pseudocientíficas e territoriais- como é o entendimento e divulgação de que áreas mais pobres são mais perigosas.

⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis, Vozes, 1987.

A professora Cristina Rauter⁹ propõe incorporar a periculosidade de Foucault à noção de dispositivo de criminalidade, o qual centraliza a noção de criminoso no atual contexto do capitalismo. Ademais, tal dispositivo insere na subjetividade do indivíduos um binarismo entre bem e mal, cidadão do bem e perigoso, como ferramenta de controle social. O medo da criminalidade e de uma insegurança social, presente na população, e amplamente reforçado pela mídia e pelo Estado, possibilita um consentimento geral para a punição e extermínio dos infratores da ordem pública, vistos como não-cidadãos.

O dispositivo, historicamente presente na elite brasileira, fundamenta práticas de vigilância e de constante normatização dos corpos. Essa docilização dos seres estigmatizados por uma sociedade discriminatória da diferença reforça a validação dessas marcas, promovendo uma invisibilização dos sujeitos. Assim, passa a ser entendido e reafirmado pela sociedade que “(...) a miséria e a extinção de um tem como contrapartida direta e necessária, a grandeza e a prosperidade insolente do outro”¹⁰.

No processo histórico da psicologia, em experimentos clássicos como o de Milgran¹¹, pode se constatar a importância de figuras simbolizadas como superiores - do Estado, das classes mais ricas e da própria mídia - que validam práticas de produção de dor ao outro, ou de reiteração e aprofundamento da desumanização advinda dos estigmas.

Em uma perspectiva voltada para ex-soldados da marinha americana, Gibson & Haritos-Fatouros¹² indicaram como característica fundamental da instituição uma “dessensibilização” dos militares ao olharem para o “rival”, treinados para verem como não-humanos, o que permitiria uma prática mais efetiva de combate, e uma vez que encaravam por essa visão, passavam a obter sucesso machucando e matando. Neste sentido, a mentalidade punitivista retira as características e os atributos humanos do outro, para reforçar a sua atenção aos estigmas do ser.

No contexto atual, embora que diferente de uma época com inimigos de guerra, as práticas de desumanização recaem para os excluídos, que tendem a ser visto como “possíveis” criminosos, e por meio das hierarquias sociais essa concepção é justificada por uma impressão subjetiva. Outro reforçamento para essa prática de exclusão e punição pode ser compreendida em um âmbito mais individual, os enquadrados na normalidade reafirmam e se titulam como “cidadãos de bem”, o que permite um sentimento de parte da sociedade e

⁹ RAUTER, Cristina. (2007). **Clínica e estratégias de resistência**: perspectivas para o trabalho do psicólogo em prisões. *Psicologia & Sociedade*, 19(2), 42-47.

¹⁰ WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria** (A. Telles, Trad.). Rio de Janeiro: Zahar.1999 p.51.

¹¹ MILGRAN, Stanley. **Obedience to authority**. New York: Harper & Row, Publishers. 1975.

¹² GIBSON, Janice. & HARITOS- FATOUROS, Mika. **La educación de um torturador**. *Psychology today*.3, 22-28. 1986

de merecedor dos direitos advindo desse pertencimento, um alívio por não ser o “estranho” ou uma “não pessoa”¹³

Esse pensamento ideológico punitivista, que reforça o dispositivo de poder, por meio de estigmas e autopromoções individuais, válida, constantemente, os modos do sistema carcerária. Que procura a ausência do “indesejável” como seu único fim em si, anulando como problema da sociedade um posterior bem-estar do indivíduo, “(...) ausência de uma razão sensível que funda o respeito à alteridade, à ética do cuidado e da responsabilidade universal, conduzem à barbárie em que se perfaz o sistema penal (...)”¹⁴

2.3. Os efeitos do encarceramento em massa e superlotação

Resultando da estigmatização da população negra e pobre, o encarceramento no Brasil tem como resultado a superlotação dos presídios.

Em junho de 2016, a população prisional no Brasil era de 726712, enquanto o número de vagas era 368049, resultando numa taxa de ocupação média de 197,4% em todo o país¹⁵.

Contudo, isso não significa que os 368.663 restantes puderam cumprir a pena em regimes diferentes, mas sim que, em média, há duas pessoas onde cabe - ou deveria caber - apenas uma.

Ainda, deste total, 689.510 pessoas estão registradas em estabelecimentos administrados pelas Secretarias Estaduais de Administração Prisional e Justiça, o sistema penitenciário estadual; 36.765 pessoas custodiadas em carceragens de delegacias ou outros espaços de custódia administrados pelas Secretarias de Segurança Pública; e 437 pessoas que se encontram nas unidades do Sistema Penitenciário Federal, administradas pelo Departamento Penitenciário Federal¹⁶.

Ainda, verifica-se que num lapso temporal de 16 anos, a taxa de aprisionamento aumentou em 157% no Brasil. Em 2000 existiam 137 pessoas presas para cada grupo

¹³ KARAM, Maria Lucia. **Psicologia e sistema prisional**. Rio de Janeiro: Rev. Epos, v. 2, n. 2, dez. 2011.

¹⁴ COELHO, Breno C. & KROHLIN, Aloísio. **Contribuição Romântica à Crítica à Cultura Punitivista na Contemporânea Sociedade Capitalista: Enfoque Sobre Casos de Extermínio Ocorridos no Brasil**. Revista Direitos Humanos e Democracia. Editora Unijuí: n. 11, jan./jun, 2018 p. 273.

¹⁵ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2016 / Organização: Thandara Santos; Colaboração: Marlene Inês da Rosa [et al]. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

¹⁶ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2016 / Organização: Thandara Santos; Colaboração: Marlene Inês da Rosa [et al]. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

de 100 mil habitantes. Em junho de 2016, eram 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes¹⁷.

O crescente número de encarcerados, no entanto, não condiz com o crescimento da população, tampouco com o aumento exacerbado da criminalidade, como alguns defendem. É possível inferir, a partir dos dados, que a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) teve grande influência na expansão da população carcerária brasileira.

Deste modo, percebe-se que não só o povo, mas também a legislação contribui para que cada vez mais tenhamos mais presos, independente da legalidade do processo penal em que configuram como réus, uma vez que já são condenados perante os olhos da sociedade - que teme mais que tudo a impunidade -, das unidades prisionais - a maioria das quais não possuem áreas separadas para condenados e não condenados -, e muitas vezes até do judiciário, que peca ao não oferecer ao réu o devido processo legal preceituado na Constituição da República de 1988.

Consequentemente, constata-se que a mentalidade punitiva contemporânea da qual resulta a aplicação do direito penal do inimigo em todas circunstâncias em que o indivíduo se encaixa no “padrão carcerário” manifesta um caráter definitivo sob o aumento da população carcerária e a consequente superlotação das unidades.

O abarrotamento dos cárceres, segundo a teoria punitivista que legitima o direito penal do inimigo, é justificável perante a (falsa) noção de segurança que se dá à população, não importando o destino que se dê aos corpos, visto que sequer entendem os condenados como dignos de direitos.

3. A violação dos direitos humanos no cárcere

A Lei de Execução Penal (LEP - Lei nº 7.210 de 1984) é considerada uma das legislações de execução mais avançadas do mundo, vez que busca ao mesmo tempo garantir e efetivar os direitos fundamentais dos reclusos em sua integralidade além de prever medidas que restabelecem e contribuem com a reintegração do sujeito ao convívio social.

Desta forma, a LEP prevê os direitos à assistência à saúde e educacional, além da jurídica, social e religiosa, como direito dos presidiários e dever do Estado, além de garantias fundamentais previstas nas normativas internacionais.

Contudo, a influência que a sociedade civil e as doutrinas punitivistas exercem na aplicação da lei penal, processual penal e executória penal, como se demonstrou, levaram a uma realidade de super encarceramento motivado pelas características dos autores dos delitos. Esse movimento populacional aos cárceres, no entanto, não contava com o fato de

¹⁷ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.

a estrutura prisional não suportar um número tão voluptuoso de internados, motivo pelo qual o cenário prisional hoje é de superlotação.

Sem embargo, a superlotação dos cárceres provocada pela política punitivista é apenas a mola propulsora da privação dos direitos humanos destes indivíduos: verifica-se que ao confinar um número maior de presos do que o legalmente recomendado, além de se estar infringindo a norma de segurança, se agrava a situação higiênica e de saúde daqueles que compartilham a cela.

Há registros de unidades prisionais com 89 detentos no espaço físico destinado para apenas oito - o que significa que o espaço físico que deveria comportar apenas uma pessoa, abriga mais de oito.

Desta maneira, é impossível pensar que a higiene se mantenha: com apenas um vaso sanitário para uma coletividade de indivíduos, em cela com difícil acesso à limpeza devido à dificuldade de acesso por causa da expressividade numérica de pessoas, as condições de insalubridade se perpetuam.

Com a insalubridade, é inevitável que a saúde dos detentos se mantenha: o ambiente se torna mais propício para a contaminação por doenças e o constante contato físico agrava os quadros de contágio por vias aéreas e sexuais.

Em estudo realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público em atenção à Resolução CNMP nº 56/2010¹⁸, constatou-se que na região Nordeste, por exemplo, mais da metade (58,75%) dos estabelecimentos não dispõe de assistência médica. A Região Sul, mais desenvolvida quanto às unidades prisionais, ainda tem déficit de mais de um quarto de estabelecimentos sem assistência médica.

Ainda, o percentual de presos com doenças infectocontagiosas em cada região varia entre 29,1% (Nordeste) e 59,8% (Sudeste), enquanto os percentuais de doenças sexualmente transmissíveis varia entre 36,6% (Nordeste) e 86,24% (Sul). No entanto, entre 7,94% (Sul) e 51,6% (Nordeste) das regiões não possuem distribuição de medicamentos para tratamento de doenças infecto contagiosas e sexualmente transmissíveis, como AIDS.

Assim, se verifica que os apenados têm seu direito fundamental à saúde, e consequentemente, à vida, gravemente violados, vez que o Estado muitas vezes não dispõe dos mecanismos adequados para fazer o controle de saúde nos ambientes prisionais.

Malgrado as precárias condições de saúde já provoquem um número expressivo de mortes, a falta de segurança dentro dos presídios também gera dados preocupantes.

¹⁸ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Projeto Sistema Prisional em Números** em atenção à Resolução CNMP nº 56/2010. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>.

Dados do mesmo Sistema Prisional em Números¹⁹ apontam que no período de março de 2017 a fevereiro de 2018, do total de 1.456 unidades, morreram presidiários em 474 delas. O sistema também mostra que em 81 estabelecimentos houve registro interno de maus-tratos a presos praticados por servidores e em 436 presídios foi registrada lesão corporal a preso praticada por funcionários.

A partir dessas informações, é possível inferir que há estabelecimentos prisionais - e neste momento, já não mais se sabe se são a exceção ou a regra - que são verdadeiros centros de tortura, seja pela privação dos direitos fundamentais de alimentação, saneamento básico, educação, entre outros, ou mesmo pela tortura propriamente dita, em que há a violação à integridade física dos encarcerados por parte dos agentes penitenciários ou mesmo pela própria população.

Ao administrar um ambiente prisional em que aqueles em conflito com a lei são diariamente espancados, estuprados e mortos sem que haja qualquer ação contra essas situações, verifica-se que a omissão do Estado configura-se na verdade como uma ação, vez que a omissão é uma opção, e portanto, proposital.

Assim, além do cerceamento dos direitos fundamentais destes indivíduos, há a sua efetiva violação, vez que o Estado, responsável por estas garantias, omite-se tendo conhecimento de toda a problemática e possuindo condições - ainda que de implementação difícil - para reverter esse cenário.

Neste contexto, os mesmos dados demonstram que os presos têm quatro vezes mais chances de cometer suicídio do que a população brasileira total: em 2015, foram anotados 5,5 suicídios para cada cem mil habitantes, ao passo que atrás das grades a taxa foi de 22,2 para cada cem mil detentos.

A violação dos direitos dos reclusos, portanto, exerce influência significativa em sua autoconsciência e auto estima, culminando numa série de efeitos que prejudicam não só o próprio indivíduo, como o restante da coletividade, diferentemente do esperado.

3.1. Elementos psicológicos da violação

Segundo Goffman²⁰, carregar um atributo que é estigmatizado produz no outro “normal” um olhar desumanizador desse, retirando-o suas características humanas, o que corrobora com ações discriminatórias, que reduzem as chances de vida do indivíduo marcado. Com base nisso, são construídas teorias a respeito desse estigma, racionalizando as diferen-

¹⁹ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Projeto Sistema Prisional em Números** em atenção à Resolução CNMP nº 56/2010. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>.

²⁰ GOFFMAN, Effing. **Estigma: Notas Sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.

ças entre os grupos e reproduzindo uma segregação social, que diminui os grupos definidos. O criminoso, apesar de no primeiro contato não transparecer o estigma que carrega, diferente do deficiente físico, ainda lida com a culpa de caráter individual, que categoriza-o com o *status quo* inferior ao do grupo categorizante, e sobre ele recai atributos como: indesejável e perigoso. De acordo com o autor, a consequência dessa marca na vida das pessoas que a carregam é a diminuição de oportunidades e chance de vida, por meio da coerção e aprisionamento impostos a eles. Também é comum que o indivíduo passe a projetar em si a marca que o meio social impõe a ele, e internalize em sua autoconsciência esse olhar depreciativo de si mesmo, como, também, é colocado por Hulsuman: “ Há estudos científicos, sérios e reiterados, mostrando que as definições legais e a rejeição social por elas produzida podem determinar a percepção do eu como realmente ‘desviante’ e, assim, levar algumas pessoas a viver conforme esta imagem, marginalmente”²¹

Para além de um estigma atribuído ao seu corpo, o criminoso também experiencia a vivência no cárcere, e este Goffman²² irá incluir no grupo de instituições totais- equitativamente aos campos de concentração. Esses estabelecimentos, instituem ao sujeito uma vida fechada e controlada por uma administração. Permeada por um único ambiente, com horários pré estabelecidos, destinados à finalidade da instituição. No que diz ao encarceramento, a administração busca estabelecer como fim, um enquadramento dos indivíduos em conformidade com as normas vigentes na sociedade.

Ainda conforme ao autor, a estadia neste espaço traz como consequência do encarceramento uma mortificação do “eu” e desintegração da identidade pessoal. Por meio de uma universalização da individualidade do réu, e de um afastamento da sociedade, ocorre um “desculturamento” na vida do preso e uma perda de seus papéis sociais anteriores, o que dificulta seu reinserção em sua vida diária após o período. Ademais, é criada uma constante tensão psicológica advinda de uma estrutura comportamentalista e de condicionamento pela coerção.

O condicionamento por coerção, comentado por Goffman, foi amplamente estudado por Skinner no behaviorismo radical. De acordo com os estudos da análise do comportamento, a punição - ou o medo dela - como forma de supressão de um comportamento, não reforça ou ensina diferentes maneiras de agir, mas induz o indivíduo a expressar o comportamento de fuga e esquiva de situações aversivas, “Mesmo sob punição severa e prolongada, a frequência de respostas aumentará quando cessar a punição”²³. Sidman²⁴, de acordo com essa linha teórica, percebe a falha desse sistema. O autor aponta, como uma das principais causas para o alto número de reincidência ao crime, os efeitos advindos da coerção,

²¹ HULSMAN, Louk. **Penas Perdidas – O Sistema Penal em Questão**. Niterói: Luam, 1997, p. 69.

²² GOFFMAN, Effing. **Manicômios, Prisões e Conventos**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.

²³ SKINNER, Frederic. **Ciência e comportamento humano**. São Paulo: Martins Fontes, 1979. p. 201.

²⁴ SIDMAN, M. **Coerção e suas implicações**. Campinas, SP: Editorial Psy, 1995.

uma vez que os encarcerados após um período apenas de estímulos aversivos, não aprendem outros comportamentos socialmente valorizados.

Diferentemente do esperado pela a instituição, Mariana Barcinski e Sabrina Cúnico²⁵ expõem as rupturas da coerção, a qual apresenta uma resistência dos encarcerados na padronização e um empoderamento individual por meio da prisão. Em sua maioria advindos de uma classe social mais baixa, sem assistência psicossocial e invisível na sociedade, a revolta com o sistema acaba por afirmar um protagonismo, em um movimento de diferenciação.

Em constante violação de direitos humanos, padronização da subjetivação e controle aversivo, é necessário para além disso fazer um recorte de gênero da população carcerária. De maneira breve e superficial, tem-se que as consequências do período em encarceramento são acentuadas em relação ao ser-mulher. Em um ambiente arquitetado para o público masculino e masculinizante, os direitos e necessidades do feminino é constantemente invisibilizado. Inseridas em uma sociedade pautada em uma opressão por ser mulheres, a particularidade dessa população no cárcere é de um estigma reforçado: “ (...) a mulher desviada recebe dupla punição, pois cometeu dois “crimes”: o delito em si e o crime de não cumprir seu papel social do ser mulher(...)”²⁶. O que ressalta uma negligência de seus direitos básicos, tanto corpóreo, de menstruação e atendimento ginecológico, como psicológico de laço afetivos com os filhos que nasceram no sistema penitenciários.

Isto posto, verifica-se que a estigmatização dos indivíduos nas unidades prisionais aliada à violação de seus direitos fundamentais por entender-se que o desvio da norma padrão os retira sua humanidade tem como resultado a alteração da própria maneira de ver o mundo e a si mesmos, provocando uma mudança de autoestima e o seu não autorreconhecimento enquanto ser humano digno de direitos. Consequentemente, ao retirar de si a roupagem de humanidade, todos os escrúpulos morais e éticos também se separam do indivíduo, que já não mais possui quaisquer impedimentos para evitar as condutas criminosas.

4. Conclusão

A partir das considerações psicológicas atravessadas pelo contexto histórico e hierárquico do poder, é possível demonstrar que os sistemas jurídico e penitenciário não agem de maneira imparcial. E, continuamente, enfatizam os mecanismos de opressão da sociedade, levando à decorrente desigualdade.

²⁵ BARCINSKI, Mariana; CUNICO, Sabrina Daiana. Os efeitos (in)visibilizadores do cárcere: as contradições do sistema prisional. *Psicologia [online]*, vol.28, 2014, n.2.

²⁶ BORGES, Paulo César Corrêa; COELHO NETTO, Helena Henkin. A mulher e o direito penal brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justificada pelo machismo” *Revista de Estudos Jurídicos Unesp*, Franca, n.25, 2013, p.323.

Desta forma, destaca-se que a perspectiva psicológica sobre a questão jurídica tem especial importância, principalmente no que tange ao direito penal do inimigo dentro do cárcere, vez que corrobora com o entendimento acerca dos motivos da mentalidade punitivista e estabelece uma conexão entre a estigmatização do presidiário e sua posterior reincidência.

Assim, constata-se a ilegitimidade da teoria do direito penal do autor de Jakobs frente aos princípios penais, vez que o sistema pretende punir o autor não pelo fato delituoso cometido, mas por suas características personalíssimas e a atribuição da condição de 'inimigo da sociedade'.

A estigmatização desses indivíduos, portanto, tem início antes mesmo do cometimento do delito, visto que são consideradas pessoas de risco à sociedade civil por não se submeterem integralmente aos preceitos do ordenamento jurídico.

Esta estigmatização perpetua-se no curso do processo penal e continua na execução da pena, restando os condenados desprovidos de quaisquer direitos e garantias, mesmo que sob a tutela direta do Estado. Desta maneira, a pena de privação de liberdade prevista no ordenamento jurídico se estende à integralidade dos direitos fundamentais dos indivíduos apenados, de forma que uma pena de privação de liberdade cumprida em alguns estabelecimentos prisionais - seja por motivos de saúde, segurança ou tortura - pode resultar numa pena de morte.

Com isso, torna-se evidente que a LEP é falha: mesmo consagrando a efetivação dos direitos humanos dos presos dentro dos cárceres e fornecendo os mecanismos para tanto, verifica-se que o próprio Estado omite-se no cumprimento de tais preceitos por entender que se trata de inimigos, configurando um regime de exceção.

E mais: a falta de efetividade da LEP se dá porque o processo penal brasileiro ainda tem fortes traços do sistema inquisitório, vez que a aplicação da teoria do direito penal do inimigo nunca teria vez no sistema acusatório, visto que esse tem como princípio tomar o réu como ser humano, digno de justo processo e dignidade antes de qualquer coisa.

Por este motivo, conclui-se que se trata de "violação" de direitos humanos, e não mero "cerceamento": além da limitação do acesso aos direitos fundamentais dos indivíduos - como é o caso do saneamento básico, alimentação e educação - o Estado viola positivamente estas garantias, vez que conhece a realidade e é responsável por ela mas opta por omitir-se.

Portanto, verifica-se que as violações no sistema são propositais, visto que o sistema prisional reflete o que a sociedade civil espera do tratamento dado aos condenados pelo Estado, na forma da justiça. O sistema prisional, portanto, é o instrumento do Estado de torturar e violar os direitos humanos dos detentos, que em posição de vulnerabilidade jurídica e social, nada podem fazer para proteger seus direitos.

No entanto, ao contrário dos fins almejados pelo sistema do direito penal do inimigo - excluir aqueles que abandonam o sistema jurídico vigente para garantir a segurança da sociedade civil e lhe servir de exemplo- as marcas psicológicas deixadas no detento, estigmatizado e privado de seus direitos, são causa principal da reincidência.

Uma vez que têm seus direitos fundamentais violados e deixam de serem vistos como seres humanos, não há mais nada o que podem perder. O sistema prisional perverso criado pelo sistema do direito penal do inimigo, portanto, é o que cria o real inimigo, quando este consegue sobreviver à pena que lhe é imputada - não só de restrição de liberdade, mas dos demais direitos fundamentais que deveriam lhe ser garantidos.

A partir desta análise, verifica-se que o direito penal do inimigo sistemicamente é o causador do crescente índice de criminalidade aliado ao de reincidência, vez que ao estigmatizar grupos sociais, afirmando que estes não têm compromisso com a Lei e por isso dela jamais se beneficiarão. Com essa marca, a consequência psicológica nos condenados é de desindividualização, que acompanha a desmoralização integral e consequente reincidência.

Nesse sentido, corrobora Mathiesen²⁷ ao avaliar que se as pessoas realmente soubessem o quão fragilmente a prisão as protege, isto é, soubessem como a prisão somente cria uma sociedade mais perigosa por produzir pessoas mais perigosas -, um clima para o desmantelamento das prisões deveria, necessariamente, começar já. No entanto, essa a falha das prisões deveria ser 'sentida' em direção a um nível emocional mais profundo, fazendo parte de nossa definição cultural sobre a situação.

Neste sentido, Marat, no final do século XVIII já afirmava que *"es un error creer que se detiene el malo por el rigor de los suplicios, su imagen se desvanece bien pronto. Pero las necesidades que sin cesar atormentan a un desgraciado le persiguen por todas partes. Encuentra ocasión favorable? Pues no escucha más que esa voz importuna y sucumbe a la tentación."*²⁸

Assim, ainda que o encarceramento em massa pareça ser a solução mais adequada ao problema de criminalidade, não se pode ceder à essa tentação por esta ser causadora de duas consequências dependentes: a primeira, é a violação dos direitos humanos do detento por meio de sua estigmatização, o que por si só já é motivo suficiente para cessar esse modelo punitivista. A segunda consequência relaciona-se com a primeira na medida que esta estigmatização provoca no encarcerado marcas psicológicas e uma mortificação da subjetividade tão profundas que lhe retiram toda a humanidade e moralidade que detinha, não restando qualquer escrúpulo que o impeça de cometer mais crimes, consequentemente, aumentando a reincidência.

²⁷ MATHIESEN, Thomas. **Conversações Abolicionistas – Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva**. São Paulo: IBCrim, 1997, p. 275.

²⁸ MARAT, Jean Paul. **Plan de Legislación Criminal**. Buenos Aires: Hamurabi, 2000, p. 78.

Torna-se evidente, pelo exposto, que o direito penal do inimigo, quando analisado psicologicamente, é o responsável pela eternização do aumento da criminalidade, criando um ciclo perpétuo de criminalização e penalização sem qualquer avanço.

O que nos resta, portanto, é romper esse ciclo paradigmático, ou seja, “desenvolver uma mentalidade voltada a desativar dispositivos de poder e devolver ao uso comum os espaços que o exercício desse poder tem confiscado”²⁹, a fim de oferecer à sociedade um direito penal verdadeiramente acusatório, e não mais inquisitório também na execução das penas, construindo um efetivo direito penal com respeito às garantias e direitos fundamentais.

Referências

- BARCINSKI, Mariana; CUNICO, Sabrina Daiana. The (un)visible effects of prison: the contradictions of the prison system. **Psicologia**, Lisboa, v. 28, n. 2, p. 63-70, dez. 2014. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-20492014000200006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 29 maio 2019.
- BORGES, Paulo César Corrêa; COELHO NETTO, Helena Henkin. A mulher e o direito penal brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justificada pelo machismo”. **Revista de Estudos Jurídicos Unesp**, França, n.25, 2013.
- COELHO, Breno C. & KROHLIN, Aloísio. Contribuição Romântica à Crítica à Cultura Punitivista na Contemporânea Sociedade Capitalista: Enfoque Sobre Casos de Extermínio Ocorridos no Brasil. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Editora Unijuí: n. 11, jan./jun, 2018
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis, Vozes, 1987.
- GIBSON, Janice. & HARITOS- FATOUROS, Mika. La educación de um torturador. **Psychology today**.3, 22-28. 1986.
- GOFFMAN, Effing. **Estigma: Notas Sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.
- GOFFMAN, Effing. **Manicômios, Prisões e Conventos**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.
- HULSMAN, Louk. **Penas Perdidas – O Sistema Penal em Questão**, Niterói: Luam, 1997, p. 69.
- JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas. 2003, pg. 35
- KARAM, Maria Lucia. Psicologia e sistema prisional. **Rev. Epos**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, dez. 2011. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2011000200006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 28 maio 2019.
- MARAT, Jean Paul. **Plan de Legislación Criminal**. Buenos Aires: Hamurabi, 2000, p. 78.

²⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Trad. Selvino José Assman. São Paulo: Boitempo, 2007.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Existe um Direito Penal do Inimigo no Brasil?** Jusbrasil, 2017. Disponível em: <https://jpmartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/469083933/existe-um-direito-penal-do-inimigo-no-brasil>. Acesso em 27 de maio de 2019.

MATHIESEN, Thomas. **Conversações Abolicionistas: Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva**. São Paulo: IBCrim, 1997, p. 275.

MILGRAN, Stanley. **Obedience to authority**. New York: Harper & Row, Publishers. 1975.

MORAES, Alexandre Rocha. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: 'O Direito Penal do Inimigo'**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 157. 2016.

PIRES, Álvaro P. Aspectes, traces et parcours de la rationalité pénale moderne. *In*: Debuyst, Christian, Digneffe, Françoise e Pires, Álvaro. **Les savoirs sur le crime et la peine**, vol. 2. Bruxelas: De Boeck Université, 1998.

Projeto Sistema Prisional em Números. **Conselho Nacional do Ministério Público**, 2018.

RAUTER, Cristina. Clínica e estratégias de resistência: perspectivas para o trabalho do psicólogo em prisões. **Psicol. Soc., Porto Alegre**, v. 19, n. 2, p. 42-47, Aug. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822007000200006&lng=en&nrm=iso>. Acessado em 28 de maio de 2019.

SIDMAN, M. **Coerção e suas Implicações**. Campinas, SP: Editorial Psy, 1995.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002, p. 149.

SKINNER, Frederic. **Ciência e comportamento humano**. São Paulo: Martins Fontes, 1979.

TEIXEIRA, Rafaella Ribeiro. **Carandiru: análise da coerção no sistema prisional**. Monografia (Bacharelado em Psicologia). Faculdade de Ciências Humanas e Sociais Curso de Psicologia, Universidade Vale do Rio Doce. Governador Valadares, 2008.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria (A. Telles, Trad.)**. Rio de Janeiro: Zahar. 1999

ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.



**RESUMOS
DOS COMUNICADOS
CIENTÍFICOS
APRESENTADOS**

PARTE V

DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS

ADALBERTO NARCISO HOMMERDING*

STÉFANI REIMANN PATZ**

RESUMO

Ao longo dos séculos, os povos sempre migraram de um local para outro, seja em busca de alimentos, de melhores condições climáticas ou de maiores chances de desenvolvimento. Quando, porém, essa migração é feita de forma *forçada*, a narrativa muda de perspectiva. Nesse contexto surge a figura do *refugiado*. Quando se aborda a temática dos refugiados, portanto, estamos diante de questões que envolvem migrações forçadas, violação massiva de direitos humanos, e problemas referentes a fronteiras e ordenamentos jurídicos. Nesse sentido, são considerados refugiados todas as pessoas que estão fora de seu país de origem devido a fundados temores de perseguição relacionados a questões de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um determinado grupo social ou opinião política, como também devido à grave e generalizada violação de direitos humanos e conflitos armados. Uma das maiores crises migratórias da história recente está acontecendo no mundo neste exato momento. Milhões de pessoas estão se deslocando em busca de proteção em outros países. Trata-se da mais grave crise de refugiados desde a Segunda Guerra Mundial. Os conflitos armados, a guerra na Síria e a crise na Venezuela, são apontados como causas do problema. Conforme o relatório Tendências Globais (2018), divulgado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), órgão das Nações Unidas, cerca de 68,5 milhões de pessoas estavam deslocadas por guerras e conflitos até o final de 2017. Os refugiados, como quaisquer outros indivíduos, são titulares de direitos humanos que devem ser respeitados em todo momento, circunstância e lugar. O fundamento da proteção internacional dos

* Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus de Santo Ângelo/RS, Brasil. Professor na Graduação e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Mestrado e Doutorado. Pós-doutor em Direito pela Universidad de Alicante, Espanha (2012), Doutor em Direito pela UNISINOS (2005), Mestre em Direito pela UFSC (2002). Juiz de Direito na Comarca de Santa Rosa/RS. anhommerding@tj.rs.gov.br.

** Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus de Santo Ângelo/RS, Brasil. Graduada em Direito. Bolsista PIIC/URI do Projeto de Pesquisa: Crisálida – Direito e Arte; E-mail: stefani.patz@hotmail.com.

refugiados encontra-se na universalidade dos direitos humanos, na afirmação de que a dignidade é inerente à pessoa, decorrendo, assim, de tal condição, direitos, independentemente de qualquer outro elemento, cuja característica é a indivisibilidade, pois os direitos humanos devem ser concebidos como uma unidade indivisível, interdependente e interrelacionada, alcançando a dita proteção de tais direitos os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. É visando a essa proteção, prevenção e solução dos direitos essenciais do ser humano no plano internacional que foi criado um sistema de proteção internacional que se estrutura em três eixos, três ramos específicos: o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Refugiados (DIR). No cenário da América Latina, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) consagra a proteção complementar dos refugiados, conforme sua primeira decisão específica sobre o tema, no Caso Família Pacheco Tineo v. Bolívia em 2013. Por meio desse julgado resta demonstrado que é necessário observar um tratamento mínimo adequado em relação aos solicitantes de refúgio e, por óbvio, a todos os refugiados. O presente resumo propõe compreender melhor o fenômeno e traçar um diálogo entre os Direitos Humanos e o instituto do Refúgio. O método de abordagem é o indutivo/dedutivo, o método de procedimento envolve uma abordagem sócio analítica e a técnica de pesquisa abrange documentação direta e indireta. Nesse sentido, existe uma necessidade de debater sobre o Refúgio, tendo em vista o vasto contingente de pessoas afetadas, bem como suas repercussões.

Palavras-chave: migrações; refugiados; proteção; direitos humanos, direito internacional.

DIREITO DE LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E RELIGIÕES TRADICIONAIS DE MATRIZES AFRICANAS: ENTRE DIFICULDADES PARTICULARES DE EXERCÍCIO E A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EFICIENTES

ALANA GONÇALVES*

JULIA MAURER**

RESUMO

O presente artigo pretende discutir as dificuldades de realização do direito constitucionalmente garantido à liberdade de consciência - estando imbuída nessa as liberdades de crença e culto - no que tange o exercício das religiões de matrizes tradicionalmente africanas. O texto busca discutir, se o direito à liberdade de consciência para exercício das religiões tradicionais de matrizes africanas encontra dificuldades, especialmente em comparação com as religiões de matriz cristã, entendidas por muito como *oficiais* no Brasil. De fato, apesar de o Brasil possuir uma enorme diversidade étnica e cultural, as religiões tradicionais de matrizes africanas enfrentam dificuldades particulares para o exercício da liberdade de consciência. Na medida em que a periferia é o berço das práticas das religiões afro-brasileiras, o isolamento e a marginalização parecem ter colaborado para que as religiões de matrizes tradicionalmente africanas sofressem com um distanciamento do centro moral social, fortificando o surgimento da noção de *“othering process”* em que se cria uma imagem do outro usualmente negativa, que se distancia e se opõe a noção “de si”. Nesse contexto, o processo de consolidação do “outro” e a noção histórica supervalorizada dos costumes advindos dos povos europeus, facilitaram a hegemonia dos modelos eurocêntricos na estrutura da educação, na cultura e nos costumes, o que acabou por significar a perpetuação do ciclo de dominância e exclusão de certas religiões em detrimento de outras. Para consubstanciar tais apontamentos, o presente texto se propõe a brevemente discutir o contexto histórico

* Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR, Brasil. Mestranda em Direito do Estado. Pós-graduanda em Social Justice pela Harvard University Extension School. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo. Advogada. alana.gvs@gmail.com.

** Universidade Positivo, Curitiba-PR, Brasil. Graduanda em Direito. j_maurer@outlook.com.

das religiões tradicionalmente africanas no Brasil e os elementos que caracterizaram um aparente processo de segregação religiosa. Além disso, na medida em que existe a obrigação constitucional de garantia do direito à liberdade de culto e crença pelo Estado, em um segundo momento, o texto prossegue para uma análise da atual legislação que visou garantir o exercício plural de crenças e cultos em nível nacional, discutindo o atendimento das exigências constitucionais e infraconstitucionais nesse tocante para, em seguida, regionalizar o debate e averiguar a extensão do direito fundamental à liberdade de culto e crença das religiões de matrizes tradicionalmente africanas no Estado do Paraná e o Município de Curitiba. Por fim, considerações críticas são apresentadas sobre a questão, mormente no que tange às políticas públicas existentes nesse sentido, pois se verifica que, o Estado do Paraná, de modo geral, e a cidade de Curitiba, especificamente, se mantém como palco de situações que desmoralizam, desrespeitam e atacam os direitos de indivíduos que creem em religiões tradicionais de matrizes africanas. Intenta-se, por fim, concluir que os praticantes destas religiões tradicionais de matrizes africanas ainda encontram-se distantes de usufruírem do direito à liberdade de consciência da mesma forma que os praticantes das religiões tidas como dominantes. Sendo latente a necessidade de se promoverem políticas públicas e medidas educativas mais eficientes no âmbito regional.

Palavras-chave: direito de consciência e religião; liberdade de culto; liberdade de crença; religiões tradicionais de matrizes africanas; políticas públicas.

CASO FAZENDA BRASIL VERDE: ANÁLISE DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA IMPOSTA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PERPETUAÇÃO DA ESCRAVIDÃO MODERNA EM TERRITÓRIO BRASILEIRO

ALCEBÍADES MEIRELES MENESES*

EVERTON MARTINS DA SILVA**

RAPHAEL AUGUSTO KNOPIK***

RESUMO

O presente resumo versa sobre o tema escravidão moderna a partir do caso Fazenda Brasil Verde versus Brasil da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no qual a Corte demonstrou um pioneirismo ao condenar o Estado do Brasil por violações a direitos fundamentais, com enfoque nos direitos fundamentais do trabalho. O objetivo do trabalho é a análise do conceito de escravidão moderna, visando demonstrar que esta prática atentatória aos direitos humanos, mesmo após a condenação do Brasil, se perpetua no tempo, havendo uma negligência do Estado frente a condenação imposta. O conceito de escravidão moderna se diferencia do antigo modelo colonialista; nesse sentido temos que a principal diferença a ser destacada é a de que o escravo não é mais propriedade daquele para quem trabalha, sendo atualmente as características mais relevantes do atual modelo de trabalho escravo: o trabalho forçado, restrição de liberdade e a condição degradante de trabalho, ferindo os direitos humanos a ela garantidos pelos Estados a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos e suas legislações internas. A perpetuação da escravidão em novos moldes se dá em decorrência da condição econômica vulnerável das vítimas, sendo estas atraídas as condições degradantes de trabalho com a promessa de manutenção de sua subsistência. Uma das análises que podem ser extraídas da presente pesquisa seria a escravidão contemporânea ser utilizada como uma ferramenta de gestão de controle de pessoas com o mínimo de

* Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR, Brasil. Graduando em Direito. alcebiadesmeneses17@gmail.com.

** Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR, Brasil. Graduando em Direito. evertonmartinsdasilva6@gmail.com.

*** Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR, Brasil. Graduando em Direito. rkraphaelknopik@gmail.com.

gastos e maximização de lucros com o sacrifício de direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores. A metodologia utilizada é a análise de todo o processo envolvendo o caso desde o esgotamento dos recursos internos até a aplicação dos dispositivos da sentença e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, deste modo, foi criada uma Cartilha conjunta no Núcleo de Práticas Jurídicas em Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná, sob orientação da Professora Doutora Priscila Caneparo, seguida de proposta de estudo comparado orientado pela Professora Doutora Danielle Annoni. O resultado específico buscado com a pesquisa, primeiramente versa sobre o cumprimento da sentença imposta ao Estado pela Corte Interamericana e, posteriormente, medidas que poderiam ressarcir de fato os danos causados aos trabalhadores e conseqüentemente prevenir a perpetuação dessas violações.

Palavras-chave: escravidão contemporânea; direito internacional; direitos humanos; Fazenda Brasil Verde; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

LA CORRUPCIÓN DESPOJADORA COMO VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

ALEJANDRO SANABRIA RODELO*

RESUMO

En el conflicto armado colombiano, los grupos armados al margen de la ley han sido los responsables más visibles y constantes en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, a medida que se fueron consolidando los diferentes informes de instituciones como la Comisión Nacional de Memoria Histórica (CNMH), se lograron identificar algunas particularidades sobre la pluralidad de responsables que participaron en la ocurrencia de estas graves violaciones a los derechos humanos. Particularmente, algunos instrumentos identificaron que en el despojo de tierras, no solo fueron participes miembros de grupos armados ilegales, organizados y alzados en armas, sino además, comerciantes, empresarios y servidores públicos en diferentes niveles de la administración. En lo referente a los servidores públicos, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que dentro de la gran variedad de modalidades, mediante las cuales se produjo el despojo de tierras en Colombia, una gran parte de estas estuvo vinculada a actos estatales de corrupción. Estos iban, desde la adjudicación irregular de baldíos por parte de las organizaciones de reforma agraria en Colombia, hasta la compra y venta forzada con participación de notarios y registradores, que otorgaban apariencia de legalidad a actos jurídicos ilícitos que consolidaban el despojo. Por lo tanto, es posible concluir que hubo una serie de actos de corrupción despojadores de tierras, y que estos constituyeron graves violaciones a los derechos humanos. Por lo anterior, el presente estudio tiene como objetivo identificar como el fenómeno de la corrupción despojadora demuestra como la corrupción, de forma directa, viola los derechos humanos, y como deber ajustarse el modelo de reparación integral, para combatir actos de corrupción generalizada que violan derechos humanos. Esta idea ha venido siendo tímidamente desarrollada en diferentes casos fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) como *Ituango vs Colombia* o *Ximenes Lopes vs Brasil*, así como por resoluciones expedidas

* Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de La Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Abogado e investigador. Mail: alejandro.sanabri@est.uexternadi.edu.co.

por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Res. 01/17 y la Res. 01/18. No obstante, en los casos de corrupción, de la magnitud del despojo en Colombia, se evidencia que la captura corrupta de las instituciones públicas es la causante directa de violaciones sistemáticas a los derechos humanos. Por lo tanto, se hace necesario que se reconozcan al interior de los órganos interamericanos de derechos humanos los casos en los cuales la corrupción puede ser considerada por sí misma, una violación a los Derechos Humanos. Consecuentemente se hace necesario desarrollar un modelo de responsabilidad que ordene las medidas estructurales, que reparen y prevengan los daños multidimensionales de la corrupción a gran escala.

Palabras clave: corrupción; derechos humanos; víctimas; Corte Interamericana de Derechos Humanos; despojo de tierras.

A BUSCA PELA GARANTIA DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NOS PAÍSES DO CONTINENTE AFRICANO

ALEXANDRE BARBOSA SILVA*

ALIAN MARCELA SIMONETTI**

RESUMO

Com o objetivo de analisar a abordagem no continente africano em relação aos direitos humanos, este artigo parte da constatação cultural, social, jurídica e política que influencia vigorosamente a questão dos direitos da pessoa com deficiência na África. Tal análise será feita à luz da Convenção dos Direitos da Pessoa Com Deficiência e da Carta da Organização da Unidade Africana (OUA) de 1963 que, posteriormente, se transformou apenas em União Africana (AFRICAN UNION). Também serão analisadas a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos humanos, a Carta Africana sobre Democracia, Eleições e Governança de 2007, e, por fim, a Declaração de Kigali, por meio da qual, durante a Conferência dos Estados Parte da União Africana (AFRICAN UNION) foi criado um Protocolo, em que os Estados membros tinham por objetivo avançar, a fim de proteger os direitos das pessoas com deficiência e idosos. A metodologia utilizada no estudo consistiu em análise descritivo-analítica, por meio de pesquisa bibliográfica, cujos resultados apontam para uma evolução, manifestando expressamente a convicção de garantir o direito de todos os povos escolherem seus próprios destinos; e validou como legítimos os desejos dos povos africanos por liberdade, igualdade, justiça e dignidade. Tradicionalmente, os direitos humanos possuíam uma visão comunitária dos indivíduos e da sociedade em geral. A medida em que esses direitos e

* Centro Universitário UNIVEL (Cascavel-PR, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense. Professor do Centro Universitário UNIVEL e da Escola da Magistratura do Paraná. Procurador do Estado do Paraná. Pesquisador integrante do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico do Núcleo de Estudos em Direito Civil-Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. E-mail: alexxandreb@uol.com.br.

** Escola da Magistratura do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Pós-Graduanda em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Pesquisadora junto ao Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico do Núcleo de Estudos em Direito Civil-Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Advogada. E-mail: alian.simonetti@gmail.com.

interesses fossem reconhecidos coletivamente, seria atingido o bem-estar da sociedade em geral. Com a Carta Africana sobre Democracia, Eleições e Governança, os Estados Partes se comprometeram a impulsionar os direitos humanos, exterminando, toda forma de discriminação sob qualquer forma de intolerância e, criar medidas que assegurem os direitos das minorias étnicas, das pessoas com deficiência, das mulheres, refugiados e qualquer outro grupo social que esteja em estado de vulnerabilidade ou marginalizado. E ainda, estimular a participação de “grupos sociais com necessidades especiais”, incluindo as pessoas com deficiência nos atos de governo, garantindo a educação cívica e fornecendo o acesso a serviços sociais básicos, como por exemplo, ensino primário obrigatório e gratuito a todos.

Palavras-chave: direitos fundamentais; pessoa com deficiência; Continente Africano; carta; declaração.

TAMBIÉN LA LLUVIA: POR UMA PERSPECTIVA DECOLONIAL DO DIREITO À ÁGUA NA AMÉRICA LATINA

AMANDA CRISTINA BOTELHO*

CESAR TOYOKAZU HIROSE**

RESUMO

A pesquisa analisa o direito à água na América Latina através da contraposição de duas abordagens teóricas ao direito internacional que, embora não excludentes, diferenciam-se a partir do sujeito do discurso: a perspectiva dos direitos humanos e a perspectiva decolonial. Em primeiro momento, através das normas do direito internacional, especialmente as normas positivas e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com os casos das comunidades indígenas *Yakye Axa*, *Sawhoyamaya* e *Xakmok Kasek* contra o Estado do Paraguai, buscou-se responder se esse direito constitui-se um direito humano, integrando um rol mínimo a ser garantido pelos Estados à coletividade, ou um direito privado, assegurado tão somente mediante uma contraprestação individual. Após, procedeu-se à construção desse direito por essas mesmas normas a partir de uma perspectiva decolonial, em vista de observar se a lógica instituída pelos direitos humanos se enquadra à vivência dos povos e comunidades tradicionais, de forma que efetivamente protetiva. Assim, através de metodologia qualitativa, recorrendo-se a revisão bibliográfica, legal e jurisprudencial, resultou que o direito à água se trata de um direito humano, pilar do direito à vida, à saúde, à integridade e à dignidade. Inobstante, também consiste em um direito consuetudinário que, por meio de seus usos e costumes, é inerente às comunidades tradicionais, necessário à sua conexão com a natureza e a tudo o que nela se insere. Desse modo, depreendeu-se que, embora as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos simbolizem um avanço no direito internacional ao efetivamente assentar o direito humano à água na jurisprudência americana, referidas decisões não são capazes de garantir, de forma integral e efetiva, esse direito sob uma perspectiva decolonial, pois, conquanto a ordem internacional historicamente foi

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná, (Curitiba - PR, Brasil), Bolsista pelo Programa de Extensão Tutorial – PET Direito/UFPR. E-mail: amanda.botelho@hotmail.com.

** Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná, (Curitiba - PR, Brasil), Bolsista pelo Programa de Extensão Tutorial – PET Direito/UFPR, E-mail: cthirose@gmail.com.

construída com uma pretensão universalizante, sob um argumento civilizatório, a tratativa do direito à água não foi uma exceção quando de sua positivação como direito humano. Nesse viés, a distinção entre público e privado, difuso e individual, resulta tênue ao se considerar que mesmo na abordagem dos direitos humanos é possível a um Estado exigir uma contraprestação pelo direito à água, bem jurídico essencial para a manutenção da vida. Resta ao direito internacional, portanto, através de seu direito consuetudinário, positivo e jurisprudencial, dar-lhe voz e efetividade, para que este também possa ser um direito representativo do Sul Global.

Palavras-chave: direito internacional; direito à água; direitos humanos; perspectiva decolonial; América Latina.

AS DIMENSÕES DA SUBSIDIARIEDADE NO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* LATINO-AMERICANO

ANA CAROLINA OLSEN*

RESUMO

O fim das ditaduras civil-militares que assolaram a América Latina no final do século XX conduziu os Estados a uma crescente integração jurídico-política de caráter multinível, a qual assume uma identidade especial enquanto *Ius Constitutionale Commune*. Trata-se de fenômeno que emerge do sistema interamericano de direitos humanos, tendo por base jurídica um *corpus iuris* formado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e as constituições nacionais, bem como as interpretações que delas exsurtem pela via dos diálogos judiciais. Em sua pauta normativa se verifica a promoção do constitucionalismo transformador focado no cumprimento das promessas constitucionais - democracia, Estado de Direito e direitos humanos – mediante o impulsionamento jurisdicional pela via de decisões estratégicas. O presente estudo busca apresentar as dimensões positiva e negativa que o princípio da subsidiariedade assume enquanto elemento estrutural do direito internacional dos direitos humanos, e, em particular, ordenador da interação entre os sistemas jurídicos nacionais e regional. Mediante pesquisa bibliográfica de doutrina e decisões judiciais, e pelo método dedutivo, verificou-se que a dimensão negativa, que reconhece um espaço de discricionariedade aos Estados para a escolha dos meios eficazes para a realização de seus compromissos regionais sobre direitos humanos, deve caminhar ao lado da dimensão positiva, que estabelece um controle de convencionalidade voltado para a construção de standards comuns em direitos humanos. Na medida em que o *Ius Constitutionale Commune* representa um fenômeno em construção, pautado por avanços e retrocessos, estas dimensões devem se manifestar de modo a promover a cooperação jurídica entre os interlocutores do sistema, preservando espaços de autonomia interna sem criar imunidades estatais.

Palavras-chave: direitos humanos; *Ius Constitutionale Commune*; subsidiariedade; controle de convencionalidade; cooperação.

* Centro Universitário da Católica de Santa Catarina (Santa Catarina-SC, Brasil). Professora de Direitos Humanos e Direito Constitucional no Centro Universitário da Católica de Santa Catarina. Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Visiting Researcher no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (bolsista CAPES). E-mail: anac.olsen@gmail.com.

A CRIMINALIDADE FEMININA RELACIONADA AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES

ANA LETÍCIA MANFRIM ROHDEN*

RESUMO

O trabalho tem como objetivo tratar do sistema prisional no Brasil, que assim como no mundo, foi construído e planejado com base no gênero masculino. Por conta disso, os estudos que buscam examinar e entender o encarceramento feminino confirmam que os estabelecimentos penais foram feitos por homens e para homens. O mesmo ocorre com a legislação voltada para o assunto. Percebe-se, assim, que as mulheres possuem especificidades além das básicas e essenciais, as quais não são observadas pelo sistema, e que, por vezes, envolvem a geração de uma nova vida. Mais do que isso: na maioria das situações - quando observada -, a mulher é vista pelo sistema apenas como mãe ou gestante e quando não se encontra nessa condição as necessidades que envolvem o gênero são ignoradas. Ressalte-se que apesar de garantista, a norma não se alia a realidade que encontramos nos presídios espalhados pelo país: o sistema não provê condições básicas para atingir a dignidade da pessoa humana. O trabalho trata de pontos específicos para demonstrar como a marginalização da população encarcerada é ainda mais difícil para a mulher, refletindo também sobre o cárcere feminino no que diz respeito à legislação e às políticas públicas adotadas. O problema se relaciona diretamente com o crime de tráfico de drogas, já que o delito é responsável por mais de 60% do aprisionamento feminino, conforme levantamento feito pelo INFOPEN 2016. Por esse motivo, o trabalho faz um panorama sobre a mulher e o tráfico, partindo de um breve histórico da mulher na sociedade. O problema que se busca entender é como e porque o gênero feminino esteve sempre inferiorizado com relação ao homem, demonstrando como a relação que mulher e homem tem com o crime são diferentes. O trabalho tem o objetivo de entender questões sociais que envolvem o tema e qual o papel do Direito Penal frente a situação. Ademais, busca-se demonstrar que há interesse do poder Público e de parte da sociedade em mudar o discurso de que somente o aumento do poder punitivo estatal pode resolver os problemas de uma sociedade perigosa e permeada por crimes, e aplicar políticas públicas que respeitem a dignidade das mulheres encarceradas - gestantes e puérperas, ou não.

Palavras-chave: cárcere feminino; execução de pena; legislação; tráfico de drogas; mulher e sociedade.

* Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Foi intercambista na Università Degli Studi di Ferrara (2017-2018). E-mail: aleticia.rohden@gmail.com.

POR UMA LEITURA ADEQUADA DO ARTIGO 37, §4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

ANDRÉ FELIPE PEREIRA DE SOUZA*

BRUNO HENRIQUE AIBARA**

RESUMO

O presente trabalho possui o objetivo – através de uma metodologia exploratória – de investigar a compatibilidade (ou não) do artigo 37, § 4º da Constituição da República com o disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Isso pois, conforme conferido pela redação do artigo 8.4 da Convenção, “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Em contrapartida, o § 4º do artigo 37 da Constituição é claro ao estabelecer que as sanções de improbidade administrativa podem ser aplicadas “sem prejuízo da ação penal cabível”. Partindo do pressuposto de que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos possuem caráter supraconstitucional é possível identificar duas hipóteses: (i) que o art. 37, § 4º, da Constituição é inconvenção ou, não o sendo, (ii) qual seria a leitura mais adequada desse dispositivo à luz dos direitos humanos? Em especial, este trabalho está voltado em tratar sobre os efeitos da Convenção no que concerne à independência das instâncias. A discussão pretendida está na possibilidade de extensão dos efeitos da sentença absolutória nas demais esferas de responsabilização que apuram fatos idênticos, uma vez que a Convenção consigna expressamente a vedação ao *bis in idem* nos casos de absolvição. E analisando do teor do disposto no artigo 37, § 4º da Constituição, ao menos provisoriamente, não parece que há inconvenção do dispositivo, mas tão somente necessita ser interpretado em conformidade com o artigo 8.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Deve-se adequar o exercício do *ius puniendi* do Estado de modo que não haja contradição diante de uma absolvição em uma seara e condenação em outra, tendo sido apurados os mesmos fatos. Para tanto, propõe-se que nos casos em que determinada conduta enseja responsabilização

* Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba – PR, Brasil). Advogado. E-mail: andrefelipe.pds@gmail.com.

** Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Porto Alegre – RS, Brasil). Advogado. E-mail: brunohenriqueaibara@gmail.com.

em mais de uma esfera e sendo os elementos que constituem a infração semelhantes entre si (tal como ocorreu no caso *Loayza vs. Peru*, julgado pela CIDH), deve-se suspender um dos feitos aguardando-se decisão definitiva a ser proferida preferencialmente na seara penal (considerando a reserva de jurisdição conferida pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, bem como do caráter mais garantista do processo penal) e havendo decisão absolvendo o acusado, inclusive com fundamento em insuficiência de provas, seus efeitos devem automaticamente se estender às demais esferas de responsabilização. Provisoriamente entende-se que esta seria a leitura mais adequada do Art. 37, § 4º da Constituição em consonância com o artigo 8.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de forma que não se exclua a independência das instâncias ao mesmo tempo que também confere uma leitura adequada do dispositivo com os direitos humanos.

Palavras-chave: *Non bis in idem*; constituição; convencionalidade; direitos humanos; independência das instâncias.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS EFEITOS DA DECISÃO DO CASO MANUEL CEPEDA VARGAS VS. COLÔMBIA DA CORTE INTERAMERICA NA NO ESTADO COLOMBIANO

ANGELINA COLACI TAVARES MOREIRA*

VITÓRIA BEATRIZ DA SILVA KUZMA**

RESUMO

Um dos direitos garantidos de forma ampla pela Convenção Americana de Direitos Humanos é o direito à liberdade de expressão, o qual já foi objeto de várias decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A evolução da jurisprudência da corte mostra a evolução dada ao tratamento deste direito, mostrando a arraigada relação entre a manutenção do direito e a democracia. No que se refere a metodologia utilizada, o método de abordagem será o método dedutivo, enquanto o método de procedimento será o descritivo. O objetivo do presente trabalho é examinar o modo como o direito à liberdade de expressão vem sendo tratado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir da análise do caso Manuel Cepeda Vargas v. Colômbia, bem como quais foram as repercussões da presente decisão no âmbito interno do país envolvido. No presente caso analisado a Corte buscou responsabilizar o estado colombiano pela violação de diversos direitos humanos garantidos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, dentre eles o direito à liberdade de expressão. Manuel Cepeda Vargas era jurista, membro da União Patriota e dirigente do Partido Comunista Colombiano, tendo sido assassinado em 9 de agosto de 1994. A corte considerou sua execução extrajudicial como uma forma achada pelo governo colombiano de silenciar seu direito à liberdade de expressão. O estado colombiano foi sentenciado a conduzir a correta investigação do caso, punir devidamente os responsáveis pela execução do crime, além de

* Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Integrante da Clínica de Direitos Humanos da PUCPR, sendo integrante do grupo de pesquisa de Business and Human Rights vinculado ao PPGD/PUCPR e do Grupo de Competição em Direitos Humanos. Advogada. E-mail: angelcolaci@gmail.com.

** Graduada em Direito pela Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Integrante do Grupo de Competição em Direitos Humanos. E-mail: vitoriakuzma@gmail.com.

garantir a segurança e bem-estar de parentes da vítima. O estado foi também condenado a pagar por todas as custas judiciais e expor publicamente sua responsabilização internacional quanto à questão e publicar um documentário sobre vida e carreira de Manuel Cepeda Vargas. Os resultados parciais obtidos determinam que a garantia e a preservação do direito à liberdade de expressão reforçam o estabelecimento da democracia, permitindo o chamado controle democrático. Por sua vez, foi possível apurar que o Estado Colombiano depois de condenado no caso Manuel Cepeda Vargas v. Colômbia adotou medidas que de alguma forma implementaram as recomendações da Corte, inclusive passando a fazer menção dos parâmetros adotados pela Corte em relação ao direito de liberdade de expressão em julgados internos. Sendo assim, verificou-se que em que pese a falta de força coativa das decisões emanadas pela Corte, na prática tais decisões estão sendo bem recebidas pelo Estado colombiano sendo capazes de assegurar mudanças significativas na proteção deste direito no âmbito interno do país.

Palavras-chave: direitos humanos; Corte Interamericana; liberdade de expressão; direitos fundamentais; democracia.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NÃO LEGÍTIMA LINCHAMENTOS VIRTUAIS

ANTONIO EDEMIR PILATTO*

RESUMO

Com a migração das redes sociais para os *smartphones*, o tempo que o brasileiro passa conectado aumentou exponencialmente, segundo dados levantados pela *HootSuite* e *We Are Social*, gastamos diariamente em média 9 horas e meia conectados, o que nos coloca em terceiro lugar no ranking global, com cerca de 140 milhões de usuários ativos nas mídias sociais, nos deparamos frequentemente com verdadeiros linchamentos virtuais. O comportamento de agressão desproporcional não é novidade, comparamos os apedrejamentos do velho testamento, as mutilações faciais do império bizantino, a caça às bruxas de Salem. Hoje, basta um erro, ou posicionamento polêmico, para que haja uma enxurrada de mensagens hostis, ameaças e tentativa de “morte social”. O problema, segundo especialistas, é que esse comportamento estribado no direito constitucional da livre expressão, contido no artigo 5º, incisos IV e IX, certamente traz consequências morais, financeiras, psíquicas e físicas às pessoas que são agredidas. A velocidade que as informações propagam-se, e o anonimato e a leniência da fiscalização, encorajam cada vez mais, que pessoas sintam-se protegidas pela tela do computador, para observarem inertes, ou participarem dos episódios de linchamento virtual. Afrontando o princípio da inocência, na rede, é como se todos fossem culpados até que se prove o contrário, caso que, às vezes, o ofendido não tem meios de provar nada, visto que, o “juízo” é instantâneo e massivo, importantes revistas e anuários médicos, alertam para o crescente percentual de jovens com depressão, pensamentos suicidas e graves problemas de relacionar-se com outras pessoas, pelo medo de serem rotulados e expostos virtualmente, sendo vítimas de comentários hostis, e acabarem sendo alvo do tão falado, discurso de ódio. Entendo que há uma deturpação do direito fundamental, pela falta de fiscalização e punição dos transgressores, que corrompem o direito de liberdade de expressão, utilizando-o para cometer crimes contra a dignidade humana, e não consigo vislumbrar na atualidade, no atual ordenamento jurídico, mecanismos eficazes e viáveis para

* Centro Universitário FAE (São José dos Pinhais-PR, Brasil). Graduando em Direito pelo Centro Universitário FAE. Empresário. E-mail: edemir.pilatto@gmail.com.

conter o constante crescimento dessa atividade delituosa, por isso, buscarei com essa pesquisa, levantar dados empíricos, primeiro na minha cidade, na delegacia de *cyber crimes*, e depois, de forma responsável e cautelosa, ampliarei a pesquisa para nível nacional, para que, demonstrada a necessidade da criação de meios de garantir a manutenção do direito a dignidade dos usuários, possamos criar e apresentar de maneira conclusiva, soluções e sugestões aos poderes estatais, para que, de forma extensiva, garantam o fiel exercício da Constituição Federal.

Palavras-chave: linchamentos; depressão; mídias; ódio; leniência.

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: É IGUALITÁRIO SER GRATUITO?

BÁRBARA MENDONÇA BERTOTTI*

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar, a partir dos planos jurídico e político e à luz do princípio da igualdade material, a possibilidade de instituição de cobrança no Sistema Único de Saúde - SUS. Para tanto, serão realizadas investigações preliminares sobre as seguintes temáticas: (i) noção de saúde no Brasil; (ii) delimitação do conteúdo do direito à saúde; (iii) Sistema Único de Saúde, como estrutura pública de concretização do direito à saúde no Brasil, sendo evidenciados seus princípios e diretrizes, os serviços ofertados, sua estrutura federativa, a participação complementar privada nesse sistema e suas fontes de financiamento. Também são realizadas premissas metodológicas sobre o princípio da igualdade, o princípio da universalidade e a noção de serviço público. Superadas estas etapas, passa-se à análise da instituição de cobrança no SUS, sobre a qual se extraem as seguintes conclusões: (i) *juridicamente*, a cobrança é possível, já que a gratuidade não é um princípio e nem uma diretriz do SUS, mas sim decorre de uma opção meramente política. Ainda, tanto a Constituição quanto a Lei nº 8.080/90 autorizam que “outras fontes” de receitas sejam utilizadas para financiar o sistema; (ii) *politicamente*, a cobrança é conveniente e oportuna, visto que a partir da realidade de subfinanciamento que o SUS enfrenta – que, frise-se, não decorre de uma insuficiência real de recursos, mas de uma indisponibilidade jurídica destes, e também a partir das acentuadas desigualdades sociais, não é viável admitir que as pessoas que possuam condições financeiras se invistam na posição jurídica de exigir da Administração Pública a prestação dos serviços pelo SUS gratuitamente; (iii) deve ser estabelecido um amplo rol de isenções, sob pena de se provocar uma injustiça maior que a justiça pretendida; (iv) deve-se vincular o valor arrecadado ao Fundo Nacional de Saúde; (v) o instrumento jurídico adequado para sua instituição é a lei; e (vi) a cobrança teria natureza jurídica de taxa, e portanto se encontraria sob a égide do Direito Tributário. A metodologia utilizada no trabalho é a hipotético-dedutiva, com pesquisas bibliográfica e documental, notadamente de atos normativos do SUS, nas três esferas de governo, além de análise das informações constantes no sítio eletrônico oficial do Ministério da Saúde e no Sistema de Informática do SUS - DATASUS.

Palavras-chave: Sistema Único de Saúde; gratuidade; direito à saúde; igualdade; justiça social.

* Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba – PR, Brasil).

ADPF 442: O STF É LEGÍTIMO PARA (DES)CRIMINALIZAR O ABORTO?

BRENDA DE FÁTIMA VIDAL*
PAULA NAOMI FUKUDA ALVAREZ**

RESUMO

A temática do aborto e os efeitos da sua criminalização é objeto de notoriedade e controvérsia no contexto jurídico-social brasileiro. Discutem-se os artigos 124 e 126 do Código Penal, os quais proíbem a prática do abortamento, salvo se for para salvar a vida da gestante, se a gravidez resultou de estupro ou se o feto é anencéfalo (artigo 128 do CP/40 e ADPF 54). Nesse ínterim, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, atualmente em trâmite no Supremo Tribunal Federal, pleiteia a descriminalização do aborto até a 12ª semana gestacional, arguindo que a sanção penal imposta às mulheres brasileiras acarreta na violação a direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Ocorre que, perante a teoria clássica de separação de Poderes, é polêmica a utilização da via judicial para a descriminalização do aborto, tal qual propõe a ADPF 442, haja vista que caberia ao Judiciário julgar segundo a Constituição e as leis e ao Legislativo editar normas. Todavia, o julgamento da Corte Superior brasileira, no caso de entendimento pela procedência da legalização do aborto até o 3º mês de gravidez, implicaria em mudança de lei ordinária com fundamento em princípio constitucional. Ao realizar controle de constitucionalidade na ADPF 442 estaria o STF, portanto, legislando? Aqueles contrários à legalização do aborto por determinação de julgamento do STF argumentam em conformidade a separação dos Poderes, enfocando que o legislativo seria o poder com maior legitimidade democrática. Perante esta suposição, deveria o parlamento deliberar quanto a (des)criminalização do aborto. Entretanto, o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal determina que os direitos fundamentais têm aplicabilidade

* Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Graduanda em Direito na UFPR. Estagiária no Escritório CJO Franco Advogados Associados. Membro do grupo de pesquisa NESIDH (Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos). E-mail: brendadefatimavidal1996@gmail.com.

** Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Graduanda em Direito na UFPR. Estagiária no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Membro do grupo de pesquisa NESIDH (Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos). E-mail: paula.naomi.alvarez@gmail.com.

imediate. Ou seja, diante de omissões do Legislativo, pode-se acionar a jurisdição para conferir concretude aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Pautando-se nesta premissa, justifica-se o controle de constitucionalidade dos dispositivos do Código Penal que criminalizam o aborto. Alega-se que a criminalização viola diversos direitos fundamentais das mulheres, como a autonomia, a integridade física e psíquica, o direito à saúde, direitos sexuais e reprodutivos, dentre outros, todos decorrentes do princípio fundamental da dignidade humana (artigo 1º, III, CF/88). Neste tocante, é nítida a veracidade de tais alegações, haja vista que, ao encontrar-se em situação de gravidez indesejada e desamparo estatal, a mulher busca meios alternativos para a realização do procedimento, como clínicas clandestinas e auto indução, os quais são inseguros e insalubres. Isso as coloca em situação de vulnerabilidade e violação de direitos fundamentais, como a vida e a saúde. São casos relevantes do tratamento da matéria do aborto no STF a ADPF 54 e o Habeas Corpus 124.306. Aquela julgou inconstitucional a criminalização do aborto no caso de fetos anencéfalos, enquanto este, em controle difuso de constitucionalidade, firmou entendimento de que a criminalização do aborto até a 12ª semana de gestação é inconstitucional em qualquer hipótese. Portanto, pautando-se metodologicamente em pesquisa doutrinária e na jurisprudência do STF, conclui-se que o Poder Judiciário é legítimo para deliberar sobre a constitucionalidade da criminalização do aborto em conformidade aos preceitos constitucionais, visando a garantia dos direitos fundamentais das mulheres brasileiras.

Palavras-chave: descriminalização do aborto; Poder Legislativo vs. Poder Judiciário; ADPF 442; direitos das mulheres.

AS OPINIÕES CONSULTIVAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NAS AMÉRICAS

BRUNA NOWAK*

RESUMO

O artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) confere à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) a competência para proferir opiniões consultivas a pedido de Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) e de organismos desta instituição. O exercício da competência consultiva pela Corte IDH é bastante peculiar quando comparado a outras instâncias jurisdicionais internacionais, tanto em termos do (amplo) espectro material de análise, quanto em relação aos legitimados para a propositura. Segundo a própria Corte IDH, em sua primeira opinião consultiva (OC nº 1/82), a competência consultiva pode versar sobre qualquer disposição de Direito Internacional dos Direitos Humanos aplicável aos Estados americanos, não se restringindo, portanto, ao *corpus iuris* interamericano. Mais especificamente, as opiniões consultivas resultam de solicitações acerca (i) da interpretação de instrumentos internacionais de direitos humanos e (ii) da análise da compatibilidade entre legislação doméstica e referidos instrumentos internacionais – no último caso, a Corte IDH exerce controle de convencionalidade. A Corte IDH se pronuncia sobre estas questões sem estar diante de um litígio. De 1982 até o presente, foram emitidas vinte e cinco opiniões consultivas pela Corte IDH. Destas, dezenove concerniram a requerimentos formulados por Estados membros da OEA, ao passo que seis foram solicitadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH). Catorze pareceres consultivos versaram sobre aspectos substanciais e interpretativos de tratados internacionais de direitos humanos; nove esclareceram o funcionamento dos órgãos do Sistema Interamericano, como os contornos da competência e do procedimento da Corte IDH, além

* Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná (NESIDH-UFPR), Curitiba-PR, Brasil. Mestra em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná. Advogada em Direito Público. Professora Convidada do Centro Universitário Internacional (UNINTER). Consultora Acadêmica do Formação Global. bruna_nowak@hotmail.com.

de sua relação com a Comissão IDH; dois apontaram a (in)compatibilidade de dispositivos legais dos Estados com os tratados de direitos humanos aplicáveis. De todas as solicitações que recebeu, a Corte IDH rejeitou cinco requerimentos de opinião consultiva, alegando, em geral, que se manifestar seria um desvirtuamento do exercício da competência consultiva, pois resultaria em um pronunciamento indireto de questões litigiosas que não haviam sido solucionadas internamente ou, ainda, que uma decisão seria incapaz de abranger as particularidades regionais sobre determinada matéria. Constata-se que, ao longo do tempo, os quesitos apresentados à Corte IDH nas solicitações de opiniões consultivas se tornaram mais completos e complexos. Consequentemente, as respostas da Corte IDH têm sido mais longas e detalhadas, versando sobre as mais diversas nuances do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A importância das opiniões consultivas é tamanha que, em 2014, na OC nº 21, a Corte IDH confirmou que seus pareceres consultivos são normas convencionais interpretadas que servem de guia para os Estados membros da OEA. A Corte IDH não está restrita aos exatos termos propostos nos requerimentos, exercendo sua competência consultiva também para afirmar a existência ou não de direitos ou deveres – como o fez na OC nº 25/2018, em que concluiu pela inexistência de um costume regional acerca do direito de asilo diplomático –, bem como para sugerir a adoção de normas internacionais de direitos humanos e medidas para sua implementação. As opiniões consultivas da Corte IDH têm acarretado, portanto, impacto no desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos nas Américas.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; opiniões consultivas; mandato amplo; desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos; Américas.

CASO DO POVO INDÍGINA XUCURU E SEUS MEMBROS: ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS DA SENTENÇA INTERNACIONAL E MEDIDAS PARA O CUMPRIMENTO EFETIVO DA RESPECTIVA DECISÃO

BRUNO CESAR FARIA*

KAMILA TEOTONIO MANGONI**

RESUMO

Trata-se de análise do caso da condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no tocante as violações aos direitos dos índios Xucurus à propriedade coletiva e à garantia e proteção judicial. Tendo por objetivo demonstrar o entendimento jurisprudencial, já consolidado, na Corte Interamericana, sobre o direito ancestral que as comunidades indígenas tem sobre o território que tradicionalmente habitam e que a Constituição Federal de 1988, também, veio a afirmar. Esse direito tem relação com a forma diferente de desfrutar da propriedade, tendo em vista os rituais e traços culturais ligados ao território. O trabalho desenvolvido no Núcleo de Práticas Jurídicas em Direitos Humanos, da UFPR, foi iniciado pela professora Priscila Campanaro, com a distribuição de temas paradigmáticos que tramitaram na Corte Interamericana de Direitos Humanos, envolvendo o Brasil, para a elaboração de uma cartilha demonstrando como se deram os casos perante a Corte. Em seguida passando a trabalhar com a professora Danielle Annoni, para a apresentação de um artigo científico que trate dos resultados práticos esperados com a pesquisa. Os grandes desafios enfrentados desde o início são a falta de medidas de políticas públicas para efetivamente dar implementação ao direito dos povos indígenas sobre o território que tradicionalmente ocupam. O Estado cumpriu apenas disposição de publicar no diário oficial, mas os dispositivos relativos à indenização e ao direito de propriedade ainda são objeto de cumprimento. Por esta razão, este trabalho busca demonstrar que a demarcação e a indenização são pontos iniciais muito importantes, visto que as relações dos povos indígenas com a terra são muito profundas e sem esse direito fundamental condenam-se esses povos à morte física (genocí-

* Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR Brasil. Graduando. cesarbrunofaria@gmail.com.

** Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR Brasil. Graduando. kamila_mangoni@hotmail.com.

dio) e à morte cultural (etnocídio). Busca-se com isso demonstrar que a indenização é muito importante para a constituição de fundos com o objetivo de proporcionar a continuidade de sua existência, favorecendo a manutenção e desenvolvimento de sua diversidade cultural e étnica, através da expressão de sua identidade, cultura e tradições.

Palavras-chave: povos indígenas; cultura; violação; corte; sentença; cumprimento.

SINAPSES INCERTAS: (DES)CONTINUIDADES HISTÓRICAS DO DIREITO HUMANO DOS CAMPONESES E POVOS INDÍGENAS A TERRA NOS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

BRUNO MARTINS MORAIS*

RESUMO

Dois séculos separam os 12 Artigos dos Camponeses franco-alemães, chefiados por Thomas Müntzer, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Não obstante, há uma absoluta correlação de temas entre uma e outra, como se o iluminismo revolucionário tivesse, tantos anos depois, cedendo diante das propriedades invadidas, das plantações expropriadas e das fortalezas cercadas pelos *Wiedertäufer*. Com uma única e notável exceção: o direito a terra. Omitido nas declarações históricas que consolidam os pilares axiológicos dos direitos humanos do século XVIII ao XX, o reconhecimento do direito dos camponeses e indígenas a terra e ao território precisará saltar bloqueios e meter-se em fendas jurisprudenciais a fim de alcançar o status de direito da pessoa humana – o que, aliás, ainda está em vias de acontecer. Nessa história, “sinapses incertas” comunicam continuidades e descontinuidades entre mobilizações e atores sociais, distribuindo por três distintos caminhos as reivindicações do direito a terra nos sistemas internacionais de direitos humanos: (i.) pelos desdobramentos do direito à propriedade; (ii.) pelo combate às causas da desigualdade de gênero; e (iii.) pela garantia dos direitos à alimentação, à moradia e outros direitos fundamentais dos povos camponeses e indígenas. Este artigo percorre a literatura histórica, as declarações, a teoria e a jurisprudência a fim de analisar como o direito a terra e ao território têm sido entendidos nos foros de justiciabilidade dos direitos humanos. A análise revela como sua reivindicação, bloqueada axiologicamente, se multiplicou rizomaticamente: o direito a terra invadiu os sistemas de direitos humanos por vias cruzadas, forçando caminho até as recentes Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas e Declaração dos Direitos dos Camponeses e Outros Trabalhadores Rurais. Esses são os

* Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba – PR, Brasil), Mestre em Antropologia Social pela Universidade de São Paulo, pesquisador e assessor jurídico do Centro de Trabalho Indigenista.

primeiros documentos internacionais a considerar o direito a terra de maneira substantiva, autônoma e independente. No Sistema Interamericano, ainda carecemos de uma posição assertiva. Não há jurisprudência significativa no assunto quanto aos camponeses. No que tange aos povos indígenas, os julgamentos dos casos *Yakye Axa vs. Paraguai*; *Yatama vs. Nicarágua*; *Kichwa de Sarayaku vs. Equador*, entre outros analisados neste artigo, denotam os caminhos dessa transformação. O recente pedido de medidas cautelares elaborados pelas comunidades Avá-Guarani do Oeste do Paraná endereçam, no cerne, o direito a terra como direito humano. Como parecerá a Comissão Interamericana, neste caso? Empurrará uma vez mais a discussão pela fenda estreita dos direitos reflexos? Ou atará definitivamente as pontas da história, celebrando finalmente esse encontro mais ou menos inusitado –e ensaiado por 600 anos!– entre anabatistas e povos Guarani?

Palavras-chave: direito humano; camponeses; povos indígenas; sistema interamericano.

RESPONSABILIDADE CIVIL PARENTAL POR ABANDONO MATERIAL E AFETIVO DE LGBTQI+

CAIO SANTOS DE AGUIAR*

ZARA HUSSEIN**

RESUMO

O artigo “Responsabilidade Civil Parental por Abandono Material e Afetivo de LGBTQI+” tem por objetivo sondar a aplicabilidade da responsabilidade civil ao combate da negligência material e afetiva dos pais de LGBTQI+, considerando-se o abandono motivado unicamente pela LGBTQIfobia em face das circunstâncias que vulnerabilizam esse recorte populacional. Discorre, na perspectiva legal, sociológica e doutrinária, acerca da importância do afeto e do eudemonismo na conformação da família, escudada no ordenamento jurídico brasileiro pelos deveres e prerrogativas do poder familiar. Contextualiza, adversativamente, a liquidez baumaniana do amor para apontar a prescindibilidade dos filhos LGBTQI+, banidos pelos próprios pais do seio da família. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é pacífico quanto à obrigação de alimentos para o abandono material. No afetivo entende, por um *leading case* recente que a indenização cabe apenas quando confirmado o ato ilícito, ligado pelo nexa causal a um dano psicossocial fortemente comprovado em laudo. As diretrizes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o recente entendimento da maioria do Supremo Tribunal Federal reafirmam a proteção aos direitos dos LGBTQI+, e, em consequência, a vedação à LGBTQIfobia no convívio familiar, ato ilícito que dá abertura à possibilidade indenizatória.

Palavras-chave: LGBTQI+; responsabilidade civil parental; abandono material; abandono afetivo; poder familiar.

* Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil).

** Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. (Curitiba-PR, Brasil). Especializada em Direito Contemporâneo com ênfase em Direito Público pela Universidade Positivo. Docente da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, em Curitiba/PR, Brasil, e orientadora do Projeto de Pesquisa de Desafios da Parentalidade Contemporânea, do Grupo de Pesquisa de Direito Civil e Processo Civil da instituição.

IMPACTO DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: CASO GARIBALDI

CAMILA DE AZEVEDO ANTUNES*

RESUMO

Muito se tem discutido, recentemente, acerca da proteção do ser humano e de suas garantias, o que se intensificou com a ratificação de inúmeros Tratados Internacionais de Direitos Humanos, os quais têm como pilares o fortalecimento da tutela dos direitos humanos no âmbito nacional, agindo como instrumento de apoio e legitimação das transformações necessárias no plano interno, para conquistar um avanço na seara dos direitos humanos internacionais. Diante da importância dessa temática, os Tratados Internacionais atingem inúmeras áreas, dentre elas o Direito Administrativo, o qual não está exclusivamente sujeito ao legalismo formal, mas sim a organicidade do Direito como um todo. Assim, o presente estudo pretende investigar a contribuição da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na promoção da tutela dos direitos humanos no Brasil, a partir do estudo do Caso Garibaldi vs. Brasil, ocorrido em 23 de setembro de 2009. A Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil pela não responsabilização dos envolvidos no assassinato de Sétimo Garibaldi, trabalhador rural morto em 1998, durante uma desocupação extrajudicial violenta de um acampamento do movimento dos trabalhadores rurais sem terra, na cidade de Querência do Norte, Estado do Paraná. Na sequência, a Corte concluiu que as autoridades estatais não atuaram com a devida diligência no inquérito sobre a morte de Sétimo, excedendo um prazo razoável e consequentemente violando as garantias processuais previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos. Desta maneira, a sentença da Corte condenou o Brasil para: (a) publicar trechos da sentença no Diário Oficial, em jornal de ampla circulação nacional e em jornal de ampla circulação no Paraná, além da publicação da íntegra da sentença em página web Oficial adequada da União e do Paraná (b) conduzir efi-

* Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR – Brasil. Graduada em Direito. Pesquisadora de Iniciação Científica pelo CNPq em matéria de Direito Administrativo, com foco nos Direitos Sociais. Monitora da Matéria Direito Administrativo II. Integrante do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano, vinculado ao PPGD/PUCPR. Principais áreas de pesquisa: Direito Público, Direito Constitucional e Direito Administrativo. camila.azevedoantunes@hotmail.com.

cazmente e dentro de um prazo razoável o inquérito e qualquer processo que chegar a abrir, como consequência deste para identificar, julgar e, eventualmente, sancionar os autores da morte de Sétimo. Também deverá investigar e, se for o caso, sancionar as eventuais faltas funcionais nas quais poderiam ter incorrido os agentes públicos encarregados do inquérito e; (c) pagar indenização por danos morais e materiais à viúva e aos filhos de Sétimo. Deste modo, o presente estudo empírico se propõe a investigar, a partir deste caso, se Estado brasileiro cumpre as decisões e segue as recomendações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de apontar os impactos positivos das sentenças internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, como também identificar as dificuldades encontradas para o total cumprimento das decisões da Corte no direito nacional. Sendo assim, o estudo busca responder a essas perguntas, a fim de encontrar soluções que garantam a autoridade das decisões internacionais no âmbito interno.

Palavras-chave: direito internacional; tratados internacionais de direitos humanos; Caso Garibaldi; direito administrativo; ordenamento jurídico brasileiro.

A IDEIA DO CUIDADO AFETIVO ENTRE PAIS E FILHOS COMO UM DIREITO HUMANO

CAMILA SILVA DIAS CRUCINSKY*

NICOLAS ADDOR**

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal fazer uma análise em relação a “Ideia do cuidado afetivo entre pais e filhos como um direito humano”, o qual é caracterizado pelo cuidado recíproco de ambas as partes. Nessa estreita linha de raciocínio a Constituição federal de 1988, em seu art. 229 aduz que: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Ainda, vale destacar que o artigo supracitado é o pilar do ordenamento jurídico brasileiro. Pois, havendo esse cuidado afetivo entre ambas as partes garante ao âmbito familiar uma vida digna, sem prejuízos físicos e psicológicos aos pais e filhos. A partir do momento que deixa de existir esse cuidado afetivo, dependendo da situação específica pode se caracterizar em abandono afetivo tanto da parte dos pais, assim como dos filhos. O abandono afetivo é constituído por meio de omissão de cuidados, assistência moral, material, psíquica e social. Ainda por cima, no momento em que ocorre esse tipo de abandono, gera no abandonado uma violência moral e sentimental, que de certo modo viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, é importante destacar que o abandono afetivo pode gerar indenização, e o art. 186, do Código Civil expõe: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Há muitos questionamentos em relação a esse assunto e um deles é que a indenização por meio do abandono afetivo não diminui o trauma, mas a ideia é que o responsável pelo abandono tenha algum tipo de condenação. Por fim, Insta observar, que abandono é crime e tem previsão no Código Penal, com pena de reclusão e causas de aumento de pena. Ainda assim, na Lei Civil gera o dever de indenização para omissão de cuidados.

Palavras-chave: cuidado; abandono; direitos humanos; indenização; família.

* Centro Universitário de Araucária (Araucária-PR, Brasil). Graduanda em Direito no UNIFACEAR. E-mail: diascamila1992@gmail.com.

** Centro Universitário de Araucária (Araucária-PR, Brasil). Professor do UNIFACEAR. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. E-mail: nicolasaddor@gmail.com.

O CARÁTER ESSENCIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO EXERCÍCIO DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

CAROLINA BRAGLIA ALOISE BERTAZOLLI*

FLÁVIA COPIA SPERANDIO**

RESUMO

Para que se possa discutir a efetividade do direito ao acesso à justiça devem estar presentes mecanismos de proteção ativa a grande parcela da população que não possui os meios de acesso ao judiciário para buscar a proteção concreta de seus direitos. Parcela da população esta que por muitas vezes sequer sabe quais são seus direitos, quanto mais que poderão demandá-los ao Estado. A metodologia utilizada no presente trabalho pode se dividir em método de abordagem, sendo escolhido o método dedutivo, e o método de procedimento como sendo o descritivo, pois serão analisados os posicionamentos quanto à necessidade da defensoria pública. Neste cenário, os países da América Latina têm adotado a implementação de Defensorias Públicas como órgãos jurisdicionais, a partir da previsão constitucional, para cessar esta inacessibilidade à justiça dos mais vulneráveis e carentes. Assim ocorreu no Brasil com a Constituição Federal de 1988, na Argentina com a previsão constitucional do *Ministerio Público da Defensa*, na Colômbia com a chamada *Defensoria del Pueblo* e no Equador com a sua *Defensoria Publica*. No restante dos países sul-americanos, com a exceção da Guiana e do Suriname, também funcionam instituições similares, contudo, estas não possuem previsões constitucionais. A respeito disso propõe-se a análise dos posicionamentos dos órgãos do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e da Organização dos Estados Americanos (OEA), haja vista haverem países que não possuem esta instituição e seu caráter recente nos países que o implementaram, ainda havendo uma grande caminhada adiante para que sejam realmente eficazes e atinjam seu objetivo. A OEA em sua Resolução nº 2.656/2011 recomendou a todos os Estados-membros que criassem

* Graduanda na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). E-mail: carolinabertazolli@gmail.com.

** Graduanda na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). E-mail: flaviacsperandio@gmail.com.

a instituição da Defensoria Pública e para aqueles que já a tinham que fosse assegurado sua plena independência e autonomia funcional. Uma vez mais, na Resolução nº 2.714/2012 ressaltou-se a importância do acesso à justiça e da independência dos defensores públicos. Entretanto, estas resoluções não possuem força vinculante aos Estados-partes, meramente reforçam o posicionamento da OEA. Em pese o posicionamento da OEA, a Corte Interamericana não emitiu qualquer opinião ou decisão quando se trata da necessidade de Defensoria Pública. A Opinião Consultiva 11/90 trabalha a obrigatoriedade do Estado prover defensor aos cidadãos que não puderem financiar defesa própria - como determina o art. 8.2 da Convenção Americana. Assim, não há qualquer obrigação aos Estados da criação das Defensorias Públicas, entretanto, o seu instituto permite que haja a completa satisfação do mandamento da Convenção, evitando que os Estados causem possíveis violações de direitos humanos. Assim, mostra-se de suma importância que a Corte de Direitos Humanos se manifeste quanto à necessidade da criação de Defensorias Públicas nos Estados signatários da Convenção, tanto em decisões quanto opiniões consultivas. Em que pese a Corte necessitar ser provocada para se manifestar quanto às matérias tratadas na Convenção, é necessário a tratativa do tema das Defensorias Públicas para garantir maior efetividade no sistema de proteção de direitos humanos, incluindo dentro de cada um dos Estados.

Palavras-chave: Defensoria Pública; acesso à justiça; direitos humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; sistema interamericano.

EU VOS DECLARO “ENDEMONIADOS”: A RELIGIÃO E SUA PROIBIÇÃO AOS CASAMENTOS HOMOAFETIVOS

CAROLINE FRANCINE HAMM*

RESUMO

Uma realidade em nossa sociedade e um pecado para a religião, as uniões homoafetivas são motivos de discussão nas mais diversas áreas da nossa sociedade. A ausência de legislação e doutrina sobre o casamento homoafetivo gera uma lacuna, onde casais que professam sua fé a determinada religião, são impedidos de terem a benção de Deus sobre seus casamentos devido a pensamentos de líderes religiosos, os quais se utilizam da proteção garantida pela Constituição Federal como meio de mascarar seus atos de preconceitos. A problemática que aqui se propõe estudar não diz respeito ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, mas sim, a intolerância e discriminação das instituições religiosas e sua recusa em realizar casamentos homoafetivos. Para tanto, o objetivo deste comunicado, que faz parte de um projeto em desenvolvimento, é desmascarar o preconceito disfarçado de liberdade religiosa, bem como até que ponto tal liberdade passa a ser considerado um crime. A intenção do presente estudo é demonstrar que há a impreterível necessidade de se discutir a intolerância e preconceito existentes dentro de igrejas e templos religiosos, resguardando, desta forma, os direitos fundamentais, tais como a igualdade, liberdade e a dignidade, bem como garantir a tal classe social a liberdade de crença, consagrado pela Constituição Federal. Desta forma, além da utilização de fontes bibliográficas e documentais, realizar-se-á um levantamento de dados, o qual se dará através de duas pesquisas, sendo a primeira, que poderá ser respondida virtualmente e de forma anônima, com o fim de proteger a imagem de quem a responder, cujo objetivo será apurar o que as pessoas da sociedade e praticantes das mais diversas religiões pensam sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, já a segunda, que conterà entrevistas com líderes de diversas religiões, com o intuito de apurar o quão internalizado está o preconceito contra casais homoafetivos, da mesma maneira que trará a real visão e posicionamento das religiões e seus líderes sobre tal casamento. Por fim, como hipótese de resolução do problema proposto, pretende-se apresentar um meio para a resolução do conflito, uma vez que a discussão aqui levantada é uma das mais complexas em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: religião; casamento homoafetivo; igualdade; intolerância; preconceito.

* Centro Universitário UNIFACEAR, Curitiba-PR, Brasil. Graduanda em Direito. carolinefrancinehamm@gmail.com.

OS ORGANISMOS INTERNACIONAIS E A PROTEÇÃO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

CÍNTIA DE ALMEIDA LANZONI*

AMANDA CAROLINA BUTTENDORFF R. BECKERS**

RESUMO

O presente trabalho visa estudar a temática da atuação dos organismos internacionais na proteção dos trabalhadores com deficiência, observando o princípio da dignidade da pessoa humana. Há que se ponderar que o trabalho digno em dignas condições é instrumento socioeconômico de implementação de distribuição de renda e igualdade social. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) é o tratado que reconhece e explica a Carta Internacional dos Direitos Humanos e a Declaração da OIT sobre os Princípios e os Direitos Fundamentais no Trabalho. Além deste documento, a Organização das Nações Unidas promove a divulgação e adesão dos princípios do Pacto Global às entidades que buscam aprimorar seus mecanismos de respeito ao meio ambiente e ao trabalhador. O ordenamento jurídico brasileiro impõe a contratação de pessoas com deficiência por meio de cota, porém, ignora a importância de implementar medidas complementares ao apoio, proteção e defesa destes profissionais com deficiência. Não se discute a importância da existência da legislação que traz referida diretriz, eis que diante do atual estágio do direito do trabalho e da realidade fática do mercado de trabalho brasileiro, ainda se faz necessária – mas sim, da necessidade de implementação de políticas públicas que de fato propiciem a inclusão destes trabalhadores. A esperada efetivação de políticas públicas de qualificação e integração entre os trabalhadores cotistas e não cotistas, visa não só a questão do trabalho,

* Professora de Graduação e Pós-graduação da FAE Centro Universitário (Curitiba-PR, Brasil). Doutoranda em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela mesma instituição. Advogada. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: cinlanzoni@yahoo.com.br.

** Professora da Universidade do Contestado (Rio Negrinho-SC, Brasil). Doutoranda em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela mesma instituição. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Uninter. Advogada. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: amandacbeckers@gmail.com.

mas também fomenta o desenvolvimento econômico, quando proporciona fonte de renda qualificada a parcela da população que até então estava à margem do mercado de trabalho. Casos concretos, como o do Grupo Siro, da Espanha, mostram que a produtividade melhora com o engajamento e a menor rotatividade da equipe de trabalho, o que contribui com o desenvolvimento econômico, mediante melhora no desempenho e na sustentabilidade das empresas. Trata-se de pesquisa quantitativa, dedutiva, teórica e documental, que objetiva estudar a implantação de políticas capazes de fomentar o desenvolvimento econômico a partir da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho.

Palavras-chave: pessoa com deficiência; direitos humanos; ONU; OIT.

PROTEÇÃO SUPRANACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NO ENTRECHO INTERAMERICANO

CRISTIANO MENEZES VEIGA*

JORGE HENRIQUE ANOROZO COUTINHO**

RESUMO

A efetiva proteção dos direitos humanos – patrimônio jurídico-normativo universal da dignidade humana – no plano empírico requer vigilância permanente. Constatam-se em face das constantes ameaças e violações que sofre, em escala global, por parte de forças antagônicas aos seus princípios. Nesta perspectiva, reclama-se ao entreccho interamericano a necessidade da implementação de uma proteção supranacional dos direitos humanos, como forma de garantir uma tutela adequada em caráter multinível, visando salvaguardar a dignidade da pessoa humana em qualquer parte. Se propõe, desta forma, analisar o panorama atual no que tange aos direitos humanos – com destaque para o contexto interamericano – e como se vislumbra a sua concretização na realidade fática, atentando, principalmente, para os instrumentos garantidores disponíveis. Para tanto, optou-se, metodologicamente, pela realização de um traçado epistemológico que pretende compreender a racionalidade por detrás do funcionamento tanto do Sistema Interamericano – apoiado em breve exame sobre seus principais documentos e da atuação da Corte Interamericana – quanto dos próprios direitos humanos, a partir de sua conceituação e consolidação histórica. Para uma cognição mais aprofundada acerca do tema, foi imperioso reconhecer a necessidade de conciliação entre os ideais universalizantes dos direitos humanos e o particularismo regional de cada povo, pensados a partir de uma noção multicultural e da globalização dos direitos humanos. Percepção esta que vai ao encontro das especificidades encontradas também nas Américas, cuja compreensão é condição fundamental para que se possa estabelecer os pressupostos para a instauração de uma proteção supranacional eficaz. A partir das análises feitas, conclui-se que a própria atuação da Corte Interamericana se dá, muitas vezes, a partir de uma

* Graduando na Universidade Federal do Paraná em Direito, (Curitiba – PR, Brasil). Dentista. E-mail: cristiano-veig@gmail.com.

** Graduando na Universidade Federal do Paraná em Direito, (Curitiba – PR, Brasil). Estudante. E-mail: jhanorozo@hotmail.com.

perspectiva supranacional. Ademais, evidencia-se a discussão a respeito da criação de um *ius constitutionale latino americano*, sinalizando para uma recentralização da temática dos direitos humanos, percebida tanto nos discursos quanto nas preocupações para com ela. Nota-se, portanto, que inexistem entraves sistêmicos e aplicativos para a implementação de uma proteção supranacional dos direitos humanos na perspectiva interamericana. Admite-se que a discussão acerca do tema, embora crescente, ainda é tímida, sendo posição majoritária na doutrina a inexistência atual de um nível supranacional de proteção dos direitos humanos no sistema interamericano. Entretanto, a complexidade das relações internacionais e as constantes violações de direitos humanos no plano interno – o que perpassa pela ascensão de projetos políticos de cunho ideológico antidireitos e antiminorias, associadas às disparidades econômicas e sociais no entrecho interamericano – justificam a necessidade de inserir nos discursos políticos e acadêmicos a defesa da concretização de uma tutela eficiente dos direitos humanos, o que conduz esta reflexão a propugnar em prol do avanço desta matéria a um próximo estágio protetivo: o da proteção supranacional. Apesar das possibilidades, os desafios persistem. Eles emanam de várias frentes antiprogressistas que vicejam hodiernamente inclusive no entrecho das Américas. Apesar disto, as conquistas já alcançadas na temática dos direitos humanos devem servir de motivação para se prosseguir em frente, sem que se perca a noção de que, além da luta por avanços, a vigilância permanente sobre os instrumentos de proteção da dignidade da pessoa humana já consolidados urge imprescindível.

Palavras-chave: direitos humanos; multiculturalismo; proteção multinível; sistema interamericano; proteção supranacional.

CASO HERZOG E OUTROS VS. BRASIL: PERSPECTIVAS PARA A EFETIVAÇÃO DA SENTENÇA

DOUGLAS FERNANDO HACHMANN*
LUCAS ROBERTO DA SILVA PEREIRA**

RESUMO

A partir da proposta de analisar os casos brasileiros julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos foi desenvolvida pesquisa sobre o caso do jornalista Vladimir Herzog, assassinado pela ditadura militar em 1975. Entre idas e vindas, o célebre caso passou por diversas instâncias e jurisdições nacionais, sem que houvesse a adequada reparação das violações, pelo que o caso chegou a atingir o âmbito da Corte. Nossa pesquisa compôs cartilha elaborada pela turma de prática jurídica em direitos humanos da Universidade Federal do Paraná. A metodologia consistiu em análise de caso sob a orientação da Prof. Dra. Priscila Caneparo, seguida de proposta de estudo comparado orientado pela Prof. Dra. Danielle Annoni, dividindo-se em três perspectivas: a narrativa dos fatos históricos, a análise do caso na Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a análise da Sentença da Corte. A decisão prolatada pela Corte concluiu que a interpretação dada pelo judiciário brasileiro à Lei da Anistia afronta a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, declarando que a vigência e aplicação de uma lei que exclua a responsabilidade por crimes contra a humanidade configura descumprimento da obrigação de adequar o direito interno brasileiro à Convenção Interamericana. Assim, a sentença determinou que o Brasil reabra a investigação do caso para a sua devida apuração e garanta o caráter de imprescritibilidade para todos os crimes contra a humanidade, adequando a legislação nacional aos termos da sentença e à própria Convenção. A partir da pesquisa já realizada pretende-se avaliar o cumprimento das medidas impostas ao Estado brasileiro. Também se pretende traçar um paralelo entre a sentença proferida no caso Herzog e decisão anterior, proferida no caso da Guerrilha do Araguaia, a qual também aborda a Lei da Anistia. Nos dois casos, o maior obstáculo colocado para o cumprimento da sentença e a devida investigação, apuração e responsabilização de imprescritíveis

* Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR, Brasil. Graduando em Direito. doughach661@gmail.com.

** Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR, Brasil. Graduando em Direito. lucas@mcam.adv.br.

crimes contra a humanidade é a vigência efetiva e reiterada da Lei nº 6.683/79, instituída pela EC 26/85, na qual, ao mesmo tempo em que é concedida a anistia a todo crime político e conexo ocorrido no contexto da ditadura militar brasileira, foi convocada a Assembleia Constituinte. Incapaz e se livrar desse “pecado original”, o ordenamento jurídico brasileiro continua deixando impune crimes contra os direitos humanos que deveriam ser punidos, segundo decisões reiteradas da ICHR. Com os resultados obtidos na pesquisa será possível elaborar propostas concretas para a efetivação da decisão no sentido de produzir análise científica para a melhor compreensão dos impasses sofridos pelas instituições e atores do judiciário nacional na tramitação do caso.

Palavras-chave: direitos humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Vladimir Herzog; Guerrilha do Araguaia; Lei da Anistia.

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO EM FACE DA PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

EDUARDO CAMBI*

LETICIA DE ANDRADE PORTO**

RESUMO

A liberdade de expressão é um dos pilares do regime Democrático de Direito. O crime de desacato, consubstanciado no desrespeito a funcionário público no exercício da sua função, ou em razão dela, limita a liberdade de expressão. A ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Brasil (CADH), em 1992, impôs ao país a necessidade de sua internalização, além da observância dos precedentes firmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O objetivo do artigo circunda a possibilidade de descriminalização da conduta de desacato, em face do disposto na CADH e dos julgados da Corte IDH. A metodologia empregada consubstancia-se em qualitativa, exploratória, bibliográfica e documental, uma vez que se busca analisar diferentes precedentes e posicionamentos de tribunais brasileiros e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos acerca da possibilidade, ou não, da descriminalização do crime de desacato. Como resultado, depreende-se que a orientação jurisprudencial advinda dos Tribunais superiores não têm aplicado de maneira suficiente o controle de convencionalidade, não internalizando os entendimentos da Corte IDH. A jurisdição brasileira tem o dever de buscar a melhor interpretação em favor do indivíduo, ampliando progressivamente a tutela dos direitos humanos, em respeito à valorização da dignidade humana e ao princípio *pro persona*.

Palavras-chave: liberdade de expressão; crime de desacato; descriminalização; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

* Universidade Estadual do Norte do Paraná (Jacarezinho-PR, Brasil). Professor da UENP e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Pós-doutor pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR. Promotor de Justiça. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. E-mail: eduardocambi@hotmail.com.

** Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Pós-Graduada pela FEMPAR. Bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Bacharela em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Estagiária de Pós-Graduação do Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: leticia.porto21@gmail.com.

A REFORMA DA PREVIDÊNCIA E A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL

ERICO SANCHES FERREIRA DOS SANTOS*

RESUMO

O presente comunicado científico se refere a artigo de mesmo nome, cuja pergunta principal é a seguinte: seria possível discutir a Reforma da Previdência Brasileira, caso aprovada nos moldes propostos pela PEC 06/19, no âmbito da Corte Internacional de Direitos Humanos? O objeto do artigo, assim, é identificar, em sua atual quadra de desenvolvimento, o alcance da proteção dos Direitos, Econômicos, Sociais e Culturais (DESC) no âmbito dos organismos internacionais. Para cumprimento de tal objetivo, toma-se por base o comportamento da CIDH no julgamento do caso “5 pensionistas” vs. Peru e na análise realizada em relação à Reforma da Previdência efetuada no Brasil por meio da EC 41/03. Além disso, buscou-se traçar paralelo em relação à forma como tem sido construída a proteção dos DESC, em especial do direito previdenciário, no âmbito da Corte Européia de Direitos Humanos, com especial atenção ao caso Silva Carvalho Rico vs. Portugal (Caso nº 13.341/14). Identificados os casos, e analisadas as nuances que os cercam, foi possível constatar que, no atual estágio de desenvolvimento da proteção aos DESC no âmbito das Cortes Internacionais, dificilmente eventual impugnação à Reforma da Previdência, caso aprovada nos moldes atualmente propostos, encontraria guarida no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na medida em que, na atual quadra de desenvolvimento da respectiva jurisprudência dessas Cortes, tanto a Europeia como a Interamericana, prestigia-se a autonomia do Estado-parte em identificar qual o estado de sua economia para o fim de adoção de medidas restritivas de direitos sociais. Assim, desde que respeitada a proporcionalidade e o mínimo existencial, o princípio da reserva do possível ganha espaço diante da identificação de uma crise no Estado Social.

Palavras-chave: Reforma da Previdência; Corte Internacional de Direitos Humanos; direitos sociais; mínimo existencial; proporcionalidade.

* Centro Universitário do Brasil (Curitiba-PR, Brasil). Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo UNI-BRASIL/PR. Especialista em Direito Previdenciário e Processo Previdenciário. Graduado pela USP. Juiz Federal substituto da 8ª Vara Federal de Curitiba. E-mail: ericosantos10@gmail.com.

EFICÁCIA DA PROTEÇÃO DA MULHER PELO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS A PARTIR DE ANÁLISE DO CASO ESPINOZA GONZÁLES VS PERU

ÉRIKA LEAHY*

RESUMO

O trabalho visa identificar a eficácia da proteção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) perante a questão da violência contra as mulheres. A Convenção Americana prevê diversos direitos, dentre os quais está o direito a não discriminação. Essa legislação instituiu como forma de garantir os direitos previstos da Convenção, o sistema de petições individuais, que, por meio de decisão da Comissão, poderá ser analisada pela Corte. Levando em consideração essa garantia aos direitos pelo SIDH, a pesquisa verificará qual é a efetiva proteção aos direitos das mulheres no âmbito dos países membros do Sistema. Partindo de um caso concreto analisado pela Corte, que condenou o Estado do Peru, a pesquisa atual fará uma análise da decisão do caso, para verificar a posição do SIDH frente a uma efetiva violência a mulher. O que busca ao analisar um caso é perceber como os juízes da Corte Interamericana, baseando-se em convenções que prevêm o tratamento igualitário, julgam um caso em que houve uma violação a esse direito de igualdade, ainda mais de forma cruel e desumana. A pesquisa foi realizada com base em análise da Convenção Americana e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Além de análise legislativa, foi estudado o caso Espinoza Gonzáles VS Peru. Ainda, foi realizada leitura de bibliografias sobre o tema. O SIDH possui diversos meios legais de proteção à mulher. Todavia, previsões legais nem sempre respaldam nas realidades dos países, mesmo que sejam elas ratificadas e internalizadas. Por isso, instrumentos como o de Petições individuais, previsto na Convenção Americana no artigo 44, e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher no artigo 12 torna-se um meio

* Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba-PR, Brasil. Graduanda em Direito. Membro do Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Desenvolvimento Sustentável (NEADI) /PUCPR. Membro do Grupo de Estudos em Direito Penal Internacional (ICC) / PUCPR. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional (GPDJ) /UFRJ. Membro do Grupo de Estudos em Direito Internacional das Minorias (GEPIM) /USP. erika.leahy3@gmail.com.

eficaz de garantir a proteção das mulheres. No caso analisado, o Estado foi condenado por diversas violações de direitos de Gladys Carol Espinoza Gonzáles, como o direito à integridade pessoal. A vítima sofreu diversas lesões físicas e psicológicas, bem como prisões arbitrárias, foi afastada da família e sofreu diversos estupros. A Corte condenou o Estado, estabelecendo que ele deva indenizar a vítima, oferecer tratamento a Gladys, além de outras medidas para que não só Gladys, mas todas as vítimas de abusos sejam reabilitadas. O que o caso de Gladys demonstra é o cuidado que a SIDH tem tido com os direitos femininos. As mulheres, especialmente em épocas de conflitos, são as grandes vítimas da sociedade. A violência contra a mulher é um assunto ainda muito pouco discutido, quando se compara para o tamanho real da situação. Entretanto, a SIDH tem oferecido soluções de não apenas punição, mas conscientização do problema. Apesar de ser um avanço, a restrição da decisão ao caso não preveni que ocorra o mesmo com outras vítimas ou ajuda outras vítimas como Gladys. Nesse sentido, no caso de Gladys, a Corte não se restringiu a apenas a vítima imediata, mas trouxe nas condenações deveres que o Estado deverá cumprir que ajudasse muito mais mulheres do que só Gladys.

Palavras-chave: Sistema Interamericano de Direitos Humanos; mulheres; violência contra mulheres; petição individual; igualdade.

A EFICIÊNCIA DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA INTERNET POR MEIO DE FERRAMENTAS DA ADMINISTRAÇÃO

ESTÉFANY KULKA AMARANTE E SILVA*

RESUMO

O presente estudo busca analisar as ferramentas que a Administração Pública oferta no ambiente da internet para a participação social em apoio ao Poder Legislativo, investigando a sua eficiência, engajamento por parte dos cidadãos e acessibilidade. A problemática em questão diz respeito às ferramentas que a Administração Pública emprega, visto que, muitas vezes, podem não ser adotadas pelo público, além de serem poucas intuitivas, ineficientes e ser de difícil acesso a grande parcela da população. Atualmente, encontram-se diversas ferramentas de participação social como: plebiscito, referendo, iniciativa popular, audiência pública, orçamento participativo e consultas a sites oficiais dos órgãos públicos. Todos esses mecanismos ampliam e fortalecem a democracia, pois contribuem para a cultura de paz e diálogo, o que é essencial para o desenvolvimento da sociedade, da equidade e da justiça. Com os diversos avanços tecnológicos na área de comunicação, houve uma necessidade de um governo eletrônico ou *cibergoverno*, que se baseia em um conjunto de atividades desenvolvidas pela Administração Pública, empregando ferramentas, divulgando informações e serviços por meio da rede mundial de computadores para informar e tornar o serviço público mais eficiente. Essa modernização na forma de comunicação para com a população é uma reação à falta de uma estrutura eficiente para identificar e atender as demandas da sociedade. Apesar da adoção de programas como e-cidadania, ainda há muita limitação nessas ferramentas, visto que ela não garante a plena acessibilidade e nem sempre uma iniciativa popular oriunda desses programas se torna de fato uma nova legislação. Portanto, entende-se ser necessário que os órgãos públicos aperfeiçoem esses mecanismos já existentes e desenvolvam outros ainda mais eficientes.

Palavras-chave: democracia; participação; cibergoverno; governo aberto; legislativo.

* Centro Universitário Educacional de Araucária (Araucária-PR, Brasil). Graduada em Direito na Centro Universitário Educacional de Araucária.

INSTITUIÇÕES, DIREITOS HUMANOS E O ENFOQUE DAS CAPACIDADES: UM DISCURSO COMPLEMENTAR DE MARTHA C. NUSSBAUM

FÁBIO REZENDE BRAGA*

MARCUS VINICIUS PORCARO NUNES SCHUBERT**

RESUMO

Diferente de um pensamento baseado na ideia da liberdade negativa, cuja premissa básica é colocar o Estado como um ente etéreo, mero protetor do que é possível ou não fazer-se, é importante saber o que realmente significa garantir o direito de um indivíduo ou de uma coletividade. Pensar em termos de assimetrias de poder e de capacidade de fazer ou não fazer nos fornece um critério sobre o que realmente significa garantir o direito a alguém e qual o papel das instituições nesse processo de apropriação de direitos pelos indivíduos. E o resultado disso, como Martha C. Nussbaum argumenta, “envolve um apoio afirmativo no plano material e institucional, não uma abstenção de interferir”. Nesse contexto, o presente trabalho busca analisar em que medida o enfoque oferecido pela filósofa liberal norte-americana Martha C. Nussbaum pode colaborar na implementação da estrutura formal dos Direitos Humanos a partir do papel das instituições na efetivação e salvaguarda de direitos. No que se refere à metodologia empregada fez-se uso do método indutivo e do método de procedimento monográfico, tendo sido utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica. O resultado principal é a constatação de que é responsabilidade do Estado assistir os seus cidadãos e garantir a sua capacitação para buscarem um futuro próspero. De modo paralelo, a justiça, como objetivo maior da persecução jurídica, depende essencialmente de qual ponto

* Doutorando em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Mestre em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Especialista em Direito Ambiental pela UFPR/PR. Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (Unit/SE). Integrante do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia do PPGD/UFPR, núcleo que integra a Coordenação do Centro de Estudos da Constituição (CCONS). Estudante. E-mail: frezendebraga@gmail.com.

** Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Mestre em Direito Internacional pela PUC Minas. Especialista em Direito Internacional pelo CEDIN – Centro de Direito Internacional e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Integrante do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia do PPGD/UFPR, núcleo que integra a Coordenação do Centro de Estudos da Constituição (CCONS). Estudante. E-mail: Marcus-schubert@hotmail.com.br.

de partida gnosiológico se parte. As assimetrias de poder, voz e domínio do espaço entre os diferentes grupos na sociedade garantem que a busca pela justiça e o seu significado não seja nem de longe um fenômeno neutro. As instituições devem ser pensadas a partir das suas capacidades, deveres e potencialidades na efetivação dos Direitos Humanos. Diante disso, a conclusão é a de que as instituições como afirma Nussbaum “possuem poderes cognitivos quanto causais que os indivíduos não possuem, poderes que são pertinentes à distribuição de responsabilidade” e o enfoque das capacidades pode oferecer uma lente precisa na garantia de direitos a partir da noção baseada num amplo florescimento das capacidades humanas centrais.

Palavras-chave: direitos humanos; enfoque das capacidade; instituições; Estado; justiça social.

O COMPLIANCE COMO MEIO DE INCORPORAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ONU SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

FELIPE DE POLI DE SIQUEIRA*

RESUMO

A atual realidade exige muitas das empresas para que possam se destacar e se apresentar com boa reputação no mercado em que atuam, devendo, portanto, respeitar questões éticas, de equidade, prestação de contas, responsabilidade e, sobretudo, de direitos humanos. Para tanto, a governança corporativa, que busca a otimização da empresa perante todos os envolvidos, poderá se utilizar do *compliance* para cumprimento/prevenção ao descumprimento de normas, nacionais e internacionais, combate à fraude e desvio de condutas. No cenário da globalização, as empresas transnacionais passaram a ter enorme poder econômico e, por isso, potencial descumpridoras de normas, sobretudo de direitos humanos em países em desenvolvimento onde atuam. Contudo, no âmbito do direito internacional, as empresas não podem ser responsabilizadas por violação de direitos humanos, cabendo tão somente aos Estados a obrigação de respeitar direitos humanos. A ONU, preocupada com a responsabilização das empresas por violações de direitos humanos, aprovou os Princípios sobre Empresas e Direitos Humanos, no qual orienta as empresas a respeitar os direitos humanos, controlando, evitando e reparando os danos por violações, devendo assumir, portanto, um compromisso político mediante uma declaração, por um qualquer meio eleito, para a efeito proteção dos direitos humanos. Desta forma, o objetivo do presente trabalho é verificar a possibilidade das empresas transnacionais se utilizarem do *compliance* como meio de incorporação dos Princípios sobre Empresas e Direitos Humanos na atividade empresarial. A pesquisa tem como propósito os estudos do *compliance* e das empresas transnacionais, remetendo-se à proteção dos direitos humanos e da viabilidade da promoção pelo *compliance* dos Princípios sobre Empresas e Direitos Humanos, utilizando-se, com efeito, do método hipotético-dedutivo, bem como da consulta de textos, artigos e obras ligadas à temática.

Palavras-chave: governança corporativa; *compliance*; empresas transnacionais; direitos humanos; princípios Ruggie.

* Doutorando em Direito Econômico e Socioambiental pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Civil e Empresarial e em Direito e Processo Tributário Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor do Centro Universitário Faculdade Educacional Araucária. Advogado. E-mail: felipe@psem.adv.br.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS DAS PESSOAS TRANSGÊNERAS

FERNANDA BRANDÃO LAPA*
JONATHAN MAICON FRANCISCO**

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar se o direito das pessoas trans está sendo pauta no sistema interamericano de proteção de direitos humanos e como se dá a aplicação do direito a igualdade e a não-discriminação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, será realizada uma pesquisa com abordagem qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, adotando-se o método indutivo, abordando um contexto histórico dos movimentos LGBTI's, em especial os movimentos de pessoas trans e algumas definições teóricas necessárias e atualmente empregadas pelo sistema interamericano de proteção de direitos humanos. Serão analisados, ainda, os documentos, resoluções, opiniões consultivas e casos relevantes sobre os direitos das pessoas trans, apontando-se os principais direitos violados no que se refere às identidades de gênero diversas. Preliminarmente, conclui-se que pouco se discute ou se escreve sobre os direitos das pessoas trans, e apesar da complexidade do assunto e dos elevado número de casos de violência, a visibilidade do tema e as disposições interamericanas, como resoluções, análises de casos e opiniões consultivas, apesar de ainda escassos, podem colaborar para a elaboração e implementação de políticas públicas que melhor protejam as pessoas trans que estão sendo violentadas todos os dias no Brasil e que estão sob constante ameaça, e ainda, que sejam capazes de formar opiniões e moldar condutas na construção de uma sociedade livre, diversa e sem censura para todos e todas.

Palavras-chave: direitos humanos; sistema interamericano; transgeneridade; Direito Internacional dos Direitos Humanos.

* Doutora em Educação pela PUC/SP (Joinville – SC, Brasil). Mestre e Bacharel em Direito pela UFSC. Professora do curso de Direito e Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: flapa@iddh.org.br.

** Bacharel em Direito pela Universidade da Região de Joinville – Univille. (Joinville – SC, Brasil). E-mail: jonathan.maicon.francisco@gmail.com.

A VALIDADE DO *FACT-CHECKING* COMO HIPÓTESE DE RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

FERNANDA CARRENHO VALIATI*

RESUMO

O objetivo do trabalho consiste na análise da possibilidade da admissão da prática do fact-checking ou checagem de fatos enquanto hipótese válida de restrição do direito fundamental da liberdade de expressão previsto pelo art. 5, IX, da Constituição Federal. Como consequência dessa previsão, há um dever do Estado de se abster do controle do conteúdo da manifestação da informação, mormente em face do pressuposto histórico ditatorial de censura que resultou, inclusive, na vedação da restrição da liberdade de expressão e informação pelo art. 220 do texto constitucional e que foi objeto da ADPF 130. Contudo, em se tratando da informação veiculada à sociedade existem outras garantias constitucionais que também devem ser sopesadas nessa situação, como a cidadania e o exercício da democracia participativa, as quais dependem de uma veiculação de informação que efetivamente corresponda ao mundo fático nela referido. Com esse propósito, o procedimento metodológico adotado consiste na revisão qualitativa e analítica da doutrina constitucional contemporânea que coloca as bases para a discussão, bem como no estudo de casos práticos e recentes de remoção de conteúdo por ausência de atendimento aos requisitos da checagem de fatos, notadamente no contexto político brasileiro. Nesse sentido, a partir de um exercício de proporcionalidade e também de casos análogos, chega-se a resultados que demonstram que em situações semelhantes outras restrições à liberdade de expressão já foram analisadas pela jurisprudência e foram consideradas como não violadoras da liberdade de expressão, tal como a vedação do discurso de ódio e da apologia à discriminação. Portanto, a princípio, tem-se que o fact-checking poderia atuar como vetor de determinadas comunicações pretensamente informativas, com a devida exceção das manifestações políticas e opinativas e sem violação ao núcleo essencial do direito fundamental da liberdade de expressão.

Palavras-chave: checagem de fatos; liberdade de expressão; restrição; direitos fundamentais; proporcionalidade.

* Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Advogada e Mestranda em Direitos Humanos e Democracia no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. E-mail: fernanda-valiati@hotmail.com.

POLUIÇÃO OCEÂNICA POR RESÍDUOS SÓLIDOS E ILHAS DE LIXO: TRATAMENTO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E INTERNACIONAL

FLÁVIA GIAMBARRESI GANHO*

RESUMO

O presente trabalho aborda o cenário da poluição oceânica por resíduos sólidos e das ilhas de lixo, temas novos e ainda pouco estudados na área do Direito. O assunto se insere dentro do dever de proteção do direito ao meio ambiente. Esse direito, que apesar de ausente nas disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, foi contemplado em diversos instrumentos internacionais, como na Declaração de Estocolmo de 1972 e na Declaração do Rio de 1992, que influenciaram intensamente a legislação interna de diversos países. No Brasil, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma garantia fundamental constitucional presente no artigo 225 da Constituição de 1988 e, nessa qualidade, impõe-se ao Poder Público e a coletividade o dever de garanti-lo para as presentes e também futuras gerações. Ademais, com o agravamento das condições climáticas e outras degradações ambientais a preocupação com o meio ambiente se intensificou, de modo que o tema passou a ser cada vez mais o objeto de discussões internacionais. Nesse contexto, em face dos impactos desencadeados pela poluição oceânica por resíduos sólidos e a partir do levantamento e análise da literatura e dados sobre o tema com enfoque jurídico, o problema de pesquisa que se buscou enfrentar é se a legislação nacional e internacional contempla os problemas atuais referentes ao dever de proteção ambiental, especificamente no que tange às ilhas de lixo. Para tanto, se analisa convenções e documentos de *soft law*, como declarações e agendas, leis federais e, pontualmente, leis estaduais e municipais. Os resultados apontam que apesar de nenhum instrumento vinculante tratar especificamente a respeito do tema, o conjunto de normas envolvendo a gestão e o gerenciamento de resíduos sólidos e a proteção de rios, mares e oceanos e das zonas costeiras, não é escasso, principalmente se consideradas também aquelas disposições não vinculantes. Considerou-se que, para o enfrentamento do problema e proteção do meio ambiente, importante se faz a ação coordena-

* Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, (Curitiba - PR, Brasil). E-mail: flaviagganho@gmail.com.

nada global, a aplicação eficaz da legislação existente, acompanhada da intensificação da fiscalização, a difusão de medidas educativas e novas leis proibitivas ao uso de materiais poluidores, especialmente daqueles que geram maior impacto nas águas.

Palavras-chave: direito ao meio ambiente; poluição oceânica; ilha de lixo; legislação brasileira; legislação internacional.

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: A SUBTRAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS INIMIGOS

GABRIEL MARAVIESKI*

RESUMO

O direito penal do inimigo, em seus vieses atuais, tem se mostrado como opção aos órgãos legisladores de nosso país, e, mais que isso, há tendências de aplicação da teoria da inimização inclusive pelos Tribunais pátrios, em decisões que dizem respeito à seara criminal. A teoria, formulada por Günther Jakobs, pretende a apresentação de um direito penal mais célere e que leve em consideração características pessoais do agente, afastando-se do direito penal do fato, que se coloca como regra em nosso sistema de justiça criminal. Um dos expoentes mais sensíveis de tal teoria em nosso ordenamento é o regime disciplinar diferenciado, que foi embutido na lei de execuções penais pela lei nº 10.792/2003, mais especificamente no art. 52 do diploma legislativo. Tal dispositivo prevê o afastamento do preso do convívio comum do estabelecimento prisional e o coloca isolado em um sistema peculiar de quase total incomunicabilidade e contato externo. O trabalho realizado buscou estabelecer parâmetros entre as características do direito penal do inimigo de Jakobs com as do regime disciplinar diferenciado brasileiro, através de revisão bibliográfica. Assim, buscou se estabelecer em que aspecto o citado regime subtrai dos detentos direitos fundamentais básicos, inclusive no quesito processual, ao passo que, conforme a própria legislação prevê, a mera suspeita de envolvimento com atividades ou organizações criminosas já dá azo à colocação do sujeito no regime disciplinar diferenciado. Como resultado se pode concluir que o estabelecimento de medidas que têm viés de direito penal desatrelado do fato, que permite a liberalidade na escolha de inimigos somente pautada em “fundadas suspeitas”, para se utilizar da terminologia legal, afronta diretamente os direitos fundamentais garantidos ao ser humano enquanto tal, afastando do mesmo suspeito garantias procedimentais que respeitem a presunção de inocência e o contraditório, bem como garantias materiais de dignidade humana, podendo

* Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia no Centro Universitário Autônomo do Brasil (Curitiba - Paraná, Brasil). Especialista em Direito Ambiental no Centro Universitário Autônomo do Brasil e Direitos Humanos e Realidades Regionais na UNICESUMAR. Graduado em Direito na CESCAGE. Assessor na 4ª Vara Judicial de Irati – PR. E-mail: gabriel.maravieski@hotmail.com.

tomar como exemplo para tanto a possibilidade de condições dignas enquanto custodiado pelo Estado, como a capacidade de se comunicar com familiares e demais pessoas a contento. Assim, a materialização do direito penal do inimigo em nosso sistema, travestido de regime disciplinar diferenciado, vem ferir direitos fundamentais básicos e promove a possibilidade de se abrir o sistema penal para medidas severas e indignas sem que, para tanto, se levantem provas efetivas da real necessidade de implementação do regime.

Palavras-chave: direito penal do inimigo; direitos fundamentais; subtração; regime disciplinar diferenciado; direitos humanos.

PROTEÇÃO DE DIREITOS DO GRUPO LGBTI NOS SISTEMAS REGIONAL E NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS: A EVOLUÇÃO DO RECONHECIMENTO DE DEMANDAS ESPECÍFICAS DA PARCELA TRANS

GÉSSICA DE MEDEIROS SANTOS*
SUZANA ARIELA MACHADO SILVA**

RESUMO

A temática das identidades de gênero e da orientação sexual possui um histórico recente no direito internacional e nacional, pois sempre se mostrou permeada por tabus sociais, morais e religiosos. No tocante à parcela trans do movimento LGBTI, as discussões são ainda mais incipientes e há menor visibilidade quanto às demandas específicas. O presente trabalho pretende estudar o tratamento da transexualidade e da transgeneridade nos Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no ordenamento jurídico brasileiro. Especificamente, intenta-se analisar as conquistas de direitos e as ações de consolidação da dignidade da pessoa humana desse grupo na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e nas Cortes Superiores brasileiras. Optou-se pela metodologia de revisão bibliográfica e da análise de casos da CIDH e das Cortes Superiores brasileiras acerca de demandas do grupo LGBTI, especialmente, da parcela trans. Considerando que os dados são escassos e precários, conclui-se de forma parcial que é necessária uma proteção específica dos direitos das pessoas trans para assegurar uma vida digna. Foi observada uma postura contundente da CIDH na efetivação desses direitos, tendo inclusive influenciado algumas decisões do STF no Brasil, país que tem adotado uma postura protetiva, apesar do crescimento dos discursos conservadores nos espaços de poder.

Palavras-chave: direitos humanos; transexualidade; transgeneridade; sistema interamericano.

* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná, (Curitiba – PR, Brasil). Membro do Projeto de Extensão Refúgio, Migração e Hospitalidade. Aluna do Programa de Iniciação Científica da UFPR pelo projeto Direito Internacional Privado. E-mail: gessicamedeiros.gms@gmail.com.

** Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná, (Curitiba – PR, Brasil) Membro da Clínica de Acesso à Justiça e Educação nas Prisões. Aluna do Programa de Iniciação Científica da UFPR pelo projeto Segurança Pública, violência e direitos humanos: reflexões a partir das taxas de homicídio no Brasil no período de 1980-2010. E-mail: suzana.silva.com@gmail.com.

O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS DO PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS E DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

GIULIA DE ROSSI ANDRADE*

MIRELA MIRÓ ZILIOOTTO**

RESUMO

Não só na Constituição Federal de 1988, conhecida popularmente como a Constituição Democrática – reflexo do Estado Social que se pretende -, mas no ordenamento jurídico brasileiro em geral, percebe-se que tanto o constituinte quanto o legislador tentaram tomar muito cuidado ao tratar de direitos e garantias para que o exercício de direito de ação fosse o mais amplo possível. O presente estudo tem por objetivo a análise dos principais contornos do instituto da motivação em um Estado Social Democrático de Direito, considerando, especialmente, a sua importância no âmbito administrativo-processual. Para o alcance desse objetivo, a partir do método hipotético-dedutivo, buscou-se conceituar a motivação como dever e como princípio, além de exaltar a sua caracterização como instituto integrante da base mínima convencional do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana, averiguando-se os impactos deste na utilização do dever de motivação como mecanismo limitador do livre-arbítrio e inibidor de um cumprimento cego da lei. O primeiro item terá por função fixar algumas premissas da constitucionalização do Direito Administrativo inserido no contexto do Estado Social Democrático de Direito, especialmente no que diz respeito ao dever de motivação constitucionalmente previsto e inerente às funções do Estado. Toda esta análise se faz necessária para se chegar ao objeto central do trabalho, que busca demonstrar o dever geral de motivação no âmbito dos tratados internacionais, destacando-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, passando pela a análise de sua aplicabilidade e, ainda, sobre os

* Mestranda pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil (Curitiba-PR, Brasil). Advogada. E-mail: giuliderossi@uol.com.br.

** Mestranda pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil (Curitiba-PR, Brasil). Advogada. E-mail: mirela@pirontiadogados.com.

impactos dos tratados no dever de motivar. Por fim, delineados todos os pontos, conclui-se que os tratados internacionais guardam relevante importância à garantia de institutos que integram o devido processo legal, notadamente, o dever geral de motivação. Assim, tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, quanto a Convenção Americana de Direitos Humanos asseguram garantias processuais que determinam os direitos fundamentais dos cidadãos.

Palavras-chave: constitucional; dever; motivação; tratados internacionais; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; Convenção Americana de Direitos Humanos.

QUEM TE PRENDE E NÃO TE SOLTA: AS REGRAS DE BANGKOK E A ANÁLISE DE DECISÕES DENEGATÓRIAS DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARANÁ EM PEDIDOS DE PRISÃO DOMICILIAR PARA MULHERES PRESIDÁRIAS GESTANTES E COM CRIANÇAS

HELOÍSA VIEIRA SIMÕES*

PRISCILLA CONTI BATOLOMEU**

RESUMO

A presente pesquisa, publicada na Revista Brasileira de Ciências Criminais (vol. 151/2019), pretende analisar a utilização das Regras de Bangkok no bojo de um grupo de decisões proferidas em pedidos de concessão de prisão domiciliar no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Paraná, a partir de uma intervenção feita por um projeto de extensão universitária. A questão-problema está na utilização de instrumentos normativos internacionais para a tomada de decisões judiciais, particularmente quanto ao sistema carcerário, mesmo diante de um cenário de recorrente violação de direitos e de exponencial aumento do contingente da população carcerária, especialmente no recorte das mulheres. Metodologicamente, o referencial teórico de uma epistemologia feminista acerca da mulher encarcerada auxilia a reflexão dos dados empíricos sobre o encarceramento feminino e permite a análise de um grupo de casos, tendo como foco a utilização das Regras de Bangkok em decisões judiciais proferidas na amostra dos pedidos de concessão prisão domiciliar. Foram realizados 31 pedidos em favor de mulheres grávidas e mães – que receberam, majoritariamente, parecer contrário do Ministério Público; 26 desses pedidos foram indeferidos, 3 deferidos e 2 julgados prejudicados. Apesar de a maioria dessas decisões terem feito alguma referência às

* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. (Curitiba – PR, Brasil). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Membro do Núcleo de Criminologia e Política Criminal vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Advogada. E-mail: heloisavsimoes@outlook.com.

** Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. (Curitiba – PR, Brasil). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Bolsista da Capes pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Membro do Núcleo de Criminologia e Política Criminal – PPGD UFPR. Membro do Instituto Política por.de.para.Mulheres. E-mail: priscillabartolomeu@gmail.com.

Regras de Bangkok, estas não foram consideradas parte do ordenamento jurídico válido no Brasil, por não possuírem *status* de tratado, acordo ou compromisso, sendo consideradas apenas uma Resolução da Assembleia Geral da ONU. Os demais inferimentos, bem como as 3 decisões de concessão de domiciliar, sequer citaram as normativas internacionais. Após os indeferimentos, foram interpostos 19 recursos de Agravo em Execução – para mulheres com condenação definitiva – e impetrados 5 *Habeas Corpus* – para mulheres presas preventivamente. Dentre as decisões proferidas em segunda instância, 6 não mencionaram as Regras de Bangkok. Nos acórdãos que faziam referência a tal regramento, prevaleceu o entendimento de que estas não seriam normas de caráter cogente no direito brasileiro, possuindo apenas caráter de recomendação. As conclusões indicam a resistência, no referido grupo de casos, em adotar tais Regras, seguindo a tendência – nesse tópico – das Cortes Superiores.

Palavras-chave: encarceramento feminino; gravidez; infância; maternidade; Regras de Bangkok.

CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA: REFLEXÕES ACERCA DOS DISPOSITIVOS DA SENTENÇA INTERNACIONAL E MEDIDAS PARA O CUMPRIMENTO EFETIVO DO DECISUM

ISABEL CRISTINE DE LIMA CALVARIO*
MARIA EDUARDA GUEDES DELL AVANZI**

RESUMO

Trata-se de análise do caso Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros (Favela Nova Brasília) contra a República Federativa do Brasil. A abordagem violenta pela polícia do Estado do Rio de Janeiro que levou à execução extrajudicial de moradores da Favela Nova Brasília, reflete a atuação da polícia ao longo do Estado brasileiro. As atrocidades cometidas nas duas incursões policiais na comunidade aliada à falta de tutela estatal para garantir aos violados e seus familiares as corretas investigações e devido processo legal foram negligenciados pelo Estado. Devido a esse quadro de impunidade das violações efetuadas pela polícia, que se repetia com frequência, houve a submissão do caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual, em seu relatório de mérito, determinou uma série de medidas ao Estado, dentre elas a reabertura das investigações. As recomendações não foram seguidas pelo Estado, provocando o envio do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos. A sentença condenatória foi proferida em 2017, sendo as medidas relacionadas às políticas sociais e suas implementações o objeto desse ensaio. A importância e repercussão do caso residem no fato de tratar-se do primeiro incidente brasileiro na Corte Interamericana envolvendo as execuções extrajudiciais e abusos sexuais praticadas pela polícia. O presente trabalho teve início no Núcleo de Prática Jurídica em Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná, a metodologia consistiu em análise de caso sob a orientação da Prof. Dra. Priscila Caneparo, seguida de proposta de estudo comparado orientado pela Prof. Dra. Danielle Annoni. Durante a elaboração do presente ensaio, realizou-se uma análise aprofundada do relatório de mérito da CIDH e da sentença proferida pela Corte, submetendo-as à comparação entre seus dis-

* Universidade Federal Do Paraná, Curitiba-PR, Brasil. Graduanda. isabel.calvario@ufpr.br.

** Universidade Federal Do Paraná, Curitiba-PR, Brasil. Graduanda. dellavanzi@ufpr.br.

positivos. Em seguida, buscou-se verificar o cumprimento prático da sentença pelo Estado brasileiro, principalmente no que tange à reabertura das investigações e implementação das políticas sociais. Ato contínuo, efetuou-se um levantamento legislativo e tendo como base os casos *J Young vs. Perú* e *Espinoza Gonzalez vs. Perú*, analisou-se a possibilidade de realização no âmbito brasileiro das medidas adotadas por esses países em seus cumprimentos de sentença. Foi possível concluir a necessidade de acompanhamento por um órgão específico Estatal para assegurar a implementação das medidas decididas pela Corte, se responsabilizando pela comunicação do cumprimento das diferentes etapas da decisão.

Palavras-chave: Favela Nova Brasília, execuções extrajudiciais; medidas de implementação; sentença; cumprimento.

A FOTOGRAFIA NÃO É MAIS A MESMA: TEXTO AO ANIVERSÁRIO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

JEFERSON FERREIRA DOS SANTOS*

RESUMO

O velho ainda não morreu e o novo ainda não nasceu e, nesse ínterim, surgem diversas situações mórbidas. Esta alegoria escrita no ano de 1971, pelo pensador Antônio Gramsci, remonta uma perspectiva auspiciosa do ponto de vista transitivo. Sob esse contexto, cumpre destacar que o Brasil atravessa um período de descrença e instabilidade nas instituições de modo geral, momento esse em que opinião se confunde com a informação. Contudo, a melhor saída não é o aeroporto, pois há muito que se comemorar. São três décadas de Constituição, que proporcionaram a saída de um sistema autoritário para a democracia, uma vez que, só quem não soube a sombra não reconhece a luz. Por meio de uma revisão bibliográfica, é possível perceber as diversas tentativas anteriores de quebra da estrita legalidade, dos fracassados planos econômicos anteriores, e por fim, a expressiva inclusão social, quando observado o estudo realizado pelo IPEA, da margem de 30 milhões a 40 milhões de brasileiros que deixaram a linha da pobreza em 2012. Houve também progresso em relação aos direitos humanos e conquistas sociais históricas, quando observado as conquistas das mulheres na sociedade, das classes minoritárias, o reconhecimento da união homo afetiva pelo Supremo Tribunal Federal e os avanços promissores na ética aplicada ao tratamento de animais. Ainda há muitos problemas a serem enfrentados; entretanto, não adianta rasgar a fotografia por não gostar do retrato nela impresso. O saldo dos últimos trinta anos é extremamente positivo. Poucos países do mundo possuem números tão expressivos de decisões progressistas e civilizatórias em direitos fundamentais que provocaram importantes mudanças no sistema político. Observa-se que o Brasil, vive hoje um momento de desligamento entre a classe política e a sociedade, com a necessidade de baratear os custos das eleições e aumentar a representatividade do Parlamento e aprimorar a governabilidade. Ao passo que, quando as instituições vão mal, a democracia se apresenta insuficiente. Parece que

* Centro Universitário FAE (São José dos Pinhais-PR, Brasil). Graduando em Direito no Centro Universitário FAE. Aluno bolsista do PAIC (Programa de Apoio à Iniciação Científica) da FAE Centro Universitário. Estagiário de Direito. Email: jeferson.santos@mail.fae.edu.

foi ontem, mas lá se vão três décadas, trasbordantes de reflexões e proposições acerca desse momento, onde a Constituição brasileira chega a sua idade mais madura, com o ciclo de desenvolvimento econômico e civilizatório ainda incompleto. Talvez seja essa a energia transformadora e transitiva, que permite repensar as escolhas e reinventar o país com projetos generosos, que inclua a todos, na conquista de uma sociedade justa e igualitária. Por fim, considera-se não ser uma missão fácil, mas pode ser um bom projeto pra quem não tenha optado por ir embora; toda história é marcada de sucessos e fracassos e não é mensurada pelos resultados, mas sim pelos princípios e valores defendidos.

Palavras-chave: Constituição Federal; Direito Constitucional; direitos fundamentais; aniversário da Constituição; momento de transição.

LEGAL TRANSPLANTS E VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

JOÃO GUILHERME WALSKI DE ALMEIDA*

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise da inserção dos *legal transplants* no ordenamento jurídico brasileiro e seus reflexos nos direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal de 1988. O transplante legal consiste em metáfora que pretende apontar a difusão de um Direito, o que leva à alteração de um ordenamento jurídico a partir da apropriação de ideias estrangeiras. Trata-se, portanto, da adoção de norma existente em outro ordenamento – que possui sua própria lógica e tradição – e sua respectiva introdução noutra ordenamento jurídico, sem a preocupação de recepção sistêmica das normas transplantadas. O conceito foi cunhado por Alan Watson, que entendia que os transplantes legais são simples transferências de regras entre sistemas jurídicos distintos, de um país para outro, sem necessidade de mediação entre o direito e a sociedade receptora da norma. Segundo o doutrinador, os transplantes legais são a principal forma como o direito evolui e se moderniza. Há, entretanto, falsa neutralidade no conceito cunhado por Watson. O próprio autor escocês entende que os sistemas jurídicos menos evoluídos receberão os transplantes legais dos sistemas mais evoluídos, o que evidencia a colonialidade e a possibilidade de exploração econômica. As reformas legais decorrentes de “transplantes” são por vezes construídas a partir da narrativa de uma suposta busca por melhores performances econômicas e modernização jurídica. Conforme Deo Campos Dutra, diversos projetos de uniformização jurídica foram apresentados pelo Banco Mundial ou pela Organização Mundial do Comércio com o intuito de, no fundo, realizarem transplantes jurídicos que pudessem promover os interesses de agentes econômicos. As mudanças legislativas a partir de transplantes legais geralmente decorrem de fatores extrajurídicos, que visam restringir direitos fundamentais para garantir maior lucratividade à determinados grupos ou setores econômicos. O cenário legislativo brasileiro contemporâneo aparenta transplantar uma série de institutos jurídicos estrangeiros. É o que parece ter ocorrido com a introdução do *zero hour contract* no ordenamento brasileiro,

* Mestrando em Direitos Humanos e Democracia (Curitiba-PR, Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogado, membro da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos da OAB/PR. E-mail: joaogwa@gmail.com.

por exemplo, tendo em vista a atuação verticalizada de parte do empresariado brasileiro para sua aprovação, sob o discurso de modernização das relações trabalhistas e da necessidade de criação de novos postos de trabalho, o que quase 18 meses após o transplante, não ocorreu. Ou seja, há detrimento de direitos fundamentais sob a escusa de crescimento econômico que não se evidencia, por meio da adoção de regramento jurídico estranho ao direito brasileiro. Assim, o trabalho visa analisar os transplantes legais recentemente introduzidos na legislação brasileira, bem como aqueles que estão sendo defendidos no congresso como alternativas de modernização, a partir de reflexão crítica acerca de possíveis violações de direitos fundamentais.

Palavras-chave: transplantes legais; direito comparado; direitos fundamentais; colonialismo; modernização.

ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA: ANÁLISE DO TEMA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUA INTERFACE COM O CASO JANAÍNA QUIRINO (MOCOCA-SP)

JUSSARA MARIAL LEAL DE MEIRELLES*

ELIZABETE APARECIDA PEREIRA**

RESUMO

Mulher, negra, moradora de rua, dependente química, condenada por tráfico de drogas, mãe de cinco filhos (havendo relatos de outros três), um dos quais ainda estava no ventre, após o parto deste foi compelida judicialmente à realização de uma laqueadura pois, segundo destacado pela sentença “necessita do tratamento [...] e a ausência no seu fornecimento poderá acarretar sérios riscos à sua saúde”. O referido julgado foi reformulado em grau de apelação, mas então o procedimento já fora realizado, sendo que a sua irreversibilidade por si já confere relevante justificativa para análise do tema. Na esteira do fato consumado, o juiz prolator da decisão esclarece que Janaína compareceu em juízo para consentir na realização do procedimento, o que é por ela rechaçado, demandando verificar sob quais condições pode ter expressado concordância. A partir dessa realidade, no contexto da Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus impactos na América Latina, o presente estudo **objetiva** analisar a temática da esterilização no âmbito desse Tribunal, tendo em vista decisão proferida no caso I.V. x Bolívia, para buscar interface com o episódio ocorrido na cidade de Mococa, interior de São Paulo, envolvendo Janaína Aparecida Quirino. Metodologicamente, o estudo

* Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba-PR, Brasil. Pós-Doutora pelo Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra. Doutora e Mestre e Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental (Mestrado e Doutorado) e do Programa de Pós-Graduação em Bioética (Mestrado), da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. jumeirelles29@gmail.com.

** Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba-PR, Brasil. Mestre e Graduada em Teologia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora junto ao Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico do Núcleo de Estudos em Direito Civil-Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Assessora Parlamentar. elizabethpereiraadv@hotmail.com.

parte de revisão de literatura sobre a esterilização, adentrando na seara jurídica desse termo, com destaque para o que dispõe a Lei Federal n. 9.263/2016, avançando para a análise dos fundamentos tecidos na decisão prolatada em São José da Costa Rica e, num segundo momento, a partir da aferição da sentença e do acordão proferidos na Ação Civil Pública movida contra a brasileira, identificar pontos de convergência ou distanciamento entre os dois casos. Os resultados preliminares identificam a prevalência de pontos de aproximação entre os dois episódios, sob o ponto da falha no consentimento para a realização do procedimento cirúrgico, em que pese a divergência em relação às condições de vida apresentada pelas protagonistas a ele submetido. Não obstante, especificamente em relação à Janaína, o estudo constata que outros aspectos precisam ser levados em questão, notadamente a saúde mental da esterilizada, o que necessariamente passa pelo crivo de sua possível caracterização como pessoa com deficiência, senão anteriormente à laqueadura, mas talvez em função desta, à luz de recente pensamento esposado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à nova conceituação de deficiência trazida pela Convenção Internacional de Nova Iorque, sob o ponto de vista biopsicossocial.

Palavras-chave: direitos humanos; esterilização; saúde mental; consentimento; capacidade legal.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E OS MIGRANTES FORÇADOS VENEZUELANOS

KARLA REGINA QUINTILIANO*

HENRIQUE SANTOS RIBEIRO**

RESUMO

O artigo tem como objeto de estudo realizar uma reflexão sobre a Corte Internacional de Direitos Humanos - CIDH, no âmbito dos direitos humanos dos migrantes forçados venezuelanos. O estudo justifica-se diante da modificação do perfil migratório na América Latina, devido ao fluxo de migrantes venezuelanos de forma forçada. Para o desenvolvimento deste trabalho opta-se por uma metodologia exploratória, bibliográfica em artigos nacionais e internacionais e relatórios de organizações e organismos que lidam com a temática dos direitos humanos e migração, sob uma análise qualitativa. Neste delineamento como objetivo específico do estudo pretende-se refletir sobre o direito de migrar dos venezuelanos, sob uma perspectiva da Corte Internacional de Direito Humanos. A hipótese que se explora é de que os migrantes venezuelanos em situação de refúgio têm o direito de migrar, visto que esse direito é inerente a pessoa humana, independentemente do seu motivo. O que o trabalho parece identificar é que a migração é o deslocamento, de um ou mais pessoas, de um lugar para outro. Entretanto, a migração de refugiados são deslocamento de indivíduos que se encontram num país que não o seu de origem, motivados pelos temores de perseguição, conflito, violência ou outras circunstâncias que perturbam profundamente a dignidade da pessoa humana, e que deveriam estar protegidas internacionalmente. Neste contexto, conforme a Convenção Interamericana, no seu artigo 22, estabelece que “Toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio.” Sendo assim, verifica-se que esse dispositivo, na prática, é muito complexo, pois confronta diretamente com o princípio da Soberania dos Estados. Entretanto, os muros fronteiriços não podem ser empecilho para que os migrantes

* UNINTER-PPGD, Curitiba-PR, Brasil. Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado Acadêmico da Uninter, com bolsa produtividade, tendo como orientador o Professor Doutor Luiz Fernando Coelho.

** Universidade Positivo, Curitiba-PR, Brasil. Graduando em Direito, tendo como orientador a Professora Melissa Casagrande.

desfrutem seus direitos. Dito isso, no caso dos venezuelanos, a CIDH verificou no Relatório “Institucionalidade Democrática, Estado de Direito e Direitos Humanos na Venezuela” constatou que os venezuelanos, no intuito de preservar a vida, bem como outros direitos como a dignidade, as liberdades, entre outros, estão sendo forçados a migrar, para outros países. Todavia, apesar da solidariedade entre países da América Latina, ocorreram casos de fechamento de fronteira como é o caso da Colômbia em agosto de 2015, com o Brasil em dezembro de 2016 e com Aruba, Curaçao e Bonaire em janeiro de 2018. Esses episódios contrariam, o Parecer Consultivo nº 18 da CIDH, que estabelece que os Estados Soberanos devem de forma obrigacional respeitar e garantir os direitos fundamentais, independentemente da situação da pessoa, logo, a situação de migrante não pode ser considerada uma hipótese para afrontar os direitos inerentes a pessoa humana.

Palavras-chave: migração; venezuelanos; direitos humanos; refugiados; Corte Interamericana de Direitos.

A CONFORMAÇÃO DO PODER PÚBLICO BRASILEIRO COM A JURISPRUDÊNCIA INTERAMERICANA EM MATÉRIA DE DIREITO À SAÚDE

LEONARDO DE SOUZA PRATES MENEZES*

RESUMO

Os direitos humanos são direitos fundamentais para a realização da dignidade humana e que abarcam direitos civis, sociais, econômicos, políticos, culturais e dentre outros. A maior preocupação com esse conjunto de normas essenciais e intrínsecas aos homens resultou dos processos de emancipação e consolidação das mais sociedades contemporâneas após os efeitos e prejuízos oriundos da Segunda Guerra Mundial, trata-se da acentuação do *Welfare State*. Ato contínuo, da análise do plano interno, cumpre ressaltar que após ser superado o período ditatorial (1964-1985) e com a Promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma gama de direitos sociais foi incorporada no ordenamento jurídico pátrio através da introdução de normas jurídicas de proteção aos direitos humanos, movimento esse que consolidou o regime democrático o que promoveu alterações no arquétipo brasileiro, passando-se a um Estado conjecturando-se um Estado prestacional e garantidor. O novo regime possibilitou o intercâmbio do direito interno com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, os quais uma vez aprovados após o devido processo legislativo, são equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º da Constituição da República). Ao passo dos direitos fundamentais à realização da dignidade humana, depreende-se o direito à saúde, o qual, para ser implementado no Brasil e para que o Estado se coadune com os preceitos da Constituição da República e das convenções internacionais das quais é signatário, enseja a efetivação de políticas públicas que lhe assegurem promoção universal, sem olvidar a importância da atuação do Poder Judiciário. Razão pela qual a solicitação de medicamentos, tratamentos, cirurgias, próteses e dentre outros procedimentos afetos à efetivação do direito à saúde são levadas à apreciação do Judiciário, ao qual incumbe garantir o cumprimento das normas do Pacto de San José da Costa Rica e do Protocolo de

* FAE Centro Universitário (Curitiba-PR, Brasil). Pós-graduando em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar Filho. Graduado em Direito pela FAE Centro Universitário. E-mail: leonardomenezes@blanchet.adv.br.

San Salvador e enquadrar a realidade da República às prerrogativas humanitárias do direito à saúde. Assim sendo, os julgamentos realizados na ordem interna podem ser monitorados pelos órgãos estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, quais sejam a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos cujas atuações propiciam o controle do Estado-membro acerca da efetivação e resguardo dos direitos humanos. A Comissão e a Corte proferem decisões a respeito do direito universal à saúde, de modo a criar jurisprudência balizadora dos Estados-membros na tutela ao direito à saúde. O corpo de decisões das cortes interamericanas de direitos humanos sobre o direito à saúde vincula a atuação do Poder Público, sobremaneira o Poder Judiciário na função de garante e prestador. O presente trabalho, portanto, destina-se à análise das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do direito à saúde com o fito de promover um enquadramento do direito brasileiro no “*corpus juris interamericano*” e assim militar em favor da efetivação máxima do direito fundamental à saúde, pautada na universalização, satisfação do mínimo existencial dos cidadãos e na tutela dos direitos humanos conjugados com as razões de um Estado de Direito Internacional.

Palavras-chave: direitos humanos; direito à saúde; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Convenção Americana de Direitos Humanos; Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

CONTROLE DE NATALIDADE: A COERÇÃO DO ESTADO NA LIMITAÇÃO DO LIVRE ARBÍTRIO DO HOMEM

LORENA PINTO GONÇALVES*

RESUMO

O objetivo do presente estudo é analisar o controle de natalidade, explorando as decisões da Corte Interamericana e Europeia. Sua definição condiz como um conjunto de procedimentos estatais relacionados com a ideologia neomalthusiana, que objetiva alterar elementos da dinâmica populacional devido o seu crescimento. Desta forma, esta pesquisa visa verificar direitos conexos a este fato social, referentes ao direito à liberdade, sexualidade, do livre planejamento familiar e da superpopulação. A metodologia utilizada é a qualitativa, através do levantamento de decisões paradigmas das cortes sobre o controle de natalidade na realidade da América Latina e da União Europeia. Sobre o controle de natalidade na América Latina, notou-se: i. A existência de políticas contraceptivas de esterilizações forçadas em mulheres para evitar a reprodução, ii. A descriminalização do aborto como justificativa legal para que as mulheres pobres dos países não se reproduzam, exemplo é decisão do Estado de São Paulo, onde uma moradora de rua foi esterilizada para evitar a continuidade na sua reprodução. Decisões da Corte Interamericana que merecem destaque: i. Peru: condenação do ex-Presidente diante a política de planejamento familiar durante a ditadura que esterilizou mais de duzentas mil mulheres pobres, indígenas e de áreas rurais; ii. Bolívia: notificada em conjunto com o país do exemplo anterior, continua com os serviços de gestão de saúde pública de esterilização forçada em adolescentes. No entanto, as medidas para o controle de natalidade na União Europeia são menores, devido ao seu crescimento demográfico negativo, apresentando-se mais viável às políticas abortivas e existindo casos esparsos de esterilizações forçadas. Decisões da Corte Europeia: i. Polónia: a Corte considera violação ao direito à vida privada e familiar o país não dispor do direito legal ao aborto a uma adolescente que engravidou de violência sexual; ii. Eslováquia: condenação pela descriminalização étnica de três mulheres ciganas esterilizadas sem seu consentimento e sem nenhuma informação; iii. França: embora inadmitido os fatos por preclusão do direito, este caso diz respeito à

* UNIFACEAR – Centro Universitário, Curitiba-PR, Brasil. Graduanda.

esterilização de jovens deficientes mentais. Chegou-se à conclusão que: i. Não há condenações e denúncias específicas sobre o controle de natalidade nos países interamericanos e europeus, nem mesmo legislação; ii. As legislações das Cortes são semelhantes, garantindo a liberdade privada para constituir família; iii. Há disposição de estratégias aos países integrantes do Cone Sul referente a gravidez indesejada na adolescência, enquanto os países europeus sofrem com os índices de envelhecimento; iv. Os países europeus que exercem predominantemente o catolicismo agem nos mesmos moldes de restrição que alguns países da América Latina; v. Ambos os casos das cortes referentes ao controle de natalidade foram considerados contra os direitos humanos, não dando a razão para os controles utilizados. Desse modo, buscou-se demonstrar como o controle de natalidade é visualizado pelas cortes, verificando que a Corte Interamericana deliberou sobre casos mais abrangentes, que atingiram a sociedade de maneira geral, enquanto a União Europeia se restringiu a casos mais específicos, que atingiram um pequeno número da população, estando ambos relacionados à liberdade sexual, reprodutiva e de planejamento familiar.

Palavras-chave: controle; natalidade; planejamento familiar; liberdade sexual; esterilização.

POLÍTICAS SOCIAIS NA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

LUIZA DE MEDEIROS TRINDADE*

RESUMO

A problemática da pesquisa versa sobre o processo de destituição do poder familiar, levando em consideração as políticas sociais e a Doutrina de Proteção Integral que ventilam os direitos das Infâncias e Juventudes. A constituição dos direitos da infância e da adolescência passou por pressões e reformulações ao longo do cenário brasileiro, sendo inicialmente definidos por um paradigma menorista pautado na institucionalização dos menores, até chegar-se no atual sistema de garantia de direitos, instrumentalizado no Estatuto da Criança e do Adolescente/1990. Assim, busca-se analisar o Sistema de Proteção Integral quando da aplicação da medida de destituição do poder familiar, ponderando a necessidade de observância das inúmeras garantias pregadas por este sistema – direito à convivência familiar e comunitária, excepcionalidade do acolhimento institucional e melhor interesse do menor. Assim, o presente trabalho visa considerar todas essas garantias, bem como o desenvolvimento histórico desse sistema e a efetividade das políticas sociais que, por sua vez, configuram ferramenta imprescindível para a assecuração dos direitos fundamentais da Criança e do Adolescente. Procedimento metodológico: Adotar-se-á o método de abordagem dedutivo e analítico, através de uma análise histórica das políticas sociais e dos direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil, e sua atual aplicação nos processos de destituição do poder familiar. Resultados: O direito das infâncias e juventudes é resultado de uma sucessão de acontecimentos políticos e sociais, verificando-se três momentos distintos: O primeiro, que tinha a tutela desses direitos pela Igreja Católica, deu-se ao longo do século XVIII até o final do século XIX, momento em que o poder da Igreja perde força para o domínio do Estado, que passa a subsidiar ações voltadas às infâncias, iniciando-se o segundo momento. Este mantém a mentalidade do primeiro período, privilegiando ações de repressão e punição. Já no final deste período, como fruto de mobilizações, passa a ser difundida uma ideia de prevenção da infância – ainda que seletiva. Por fim, tendo como marco não apenas a promulgação

* Graduanda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, (Porto Alegre - RS, Brasil), Bolsista de Iniciação Científica pelo BPA, E-mail: luizatrindade_@hotmail.com.

da Constituição Federal, mas também o ECA/1990, inicia-se o terceiro momento, que busca a garantia de direitos mediante um conjunto de instituições e programas de atendimento infanto-juvenil e familiar. Em relação à destituição do poder familiar, verifica-se que este terceiro momento, pautado em um sistema de colaboração e interdisciplinaridade, tem papel fundamental para elucidação desse processo, que deve ser sempre excepcional. Assim, verifica-se que o processo de destituição, quando inevitável, tende a ocorrer concomitante com assistência social, da forma menos danosa possível. Conclusões: As políticas sociais, compreendidas como uma ação do Estado que visa atender às demandas e necessidades coletivas, surgem como instrumento para assegurar esse sistema de Proteção Integral. Dessa forma, o processo de destituição familiar pautado na aplicação dos princípios insculpidos neste terceiro momento, acaba por reduzir os gravames para as crianças e adolescentes, que passam a obrigatoriamente receber auxílios interdisciplinares com o fim de asseverar as suas garantias fundamentais.

Palavras-chave: Doutrina de Proteção Integral; Destituição do Poder Familiar; Direito da Criança e do Adolescente.

O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO À MORADIA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: UM OLHAR ATRAVÉS DA JURISPRUDÊNCIA DE SUA CORTE

LUIZA DESCHAMPS CAVALCANTI MOREIRA*

RESUMO

O presente artigo propõe observar o processo de reconhecimento do direito à moradia, através de um processo de desenvolvimento progressivo, enquanto direito autônomo no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, através de uma análise sistemática das sentenças e opiniões consultivas proferidas por seu órgão jurisdicional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em se tratando de um direito que não é expressamente definido nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), nem no Protocolo de São Salvador - adicional voltado para proteção de direitos sociais, econômicos e culturais, é protegido inicialmente enquanto direito conexo a outros explicitamente protegidos pela CADH, em especial o direito à vida (art.4) e o à propriedade privada (art.21). Tal conexão aparece claramente nos anos de 2005 e 2006, pelos casos *Yakye Axa* e *Sawhoyamaya*, sobre comunidades indígenas do Paraguai, vinculam o não reconhecimento das terras ancestrais a impossibilidade de moradia adequada, o qual vinculam ao acesso a água potável e saneamento, cuja ausência é responsável por condições inadequadas de vida digna; e pelos casos *Mapiripán* e *Ituango*, de deslocamento forçado na Colômbia, que discutem a destruição, violação de residência e expulsão da moradia. Entre esses casos colombianos há ainda diferentes graus de intervenção da Corte IDH na maneira como o Estado deve efetivar esse direito. Entendendo o direito à moradia como integrante da categoria de direitos, econômicos sociais e culturais podemos apontar dois grandes marcos: (i) um de caráter específico, o voto concorrente do juiz Ferrer Mac-Gregor no caso *Yarce* e outras vs. Colômbia de novembro de 2016, onde defende a possibilidade de declaração da violação do direito à moradia, extraído de uma interpretação evolutiva do artigo 26, permitiria derivá-lo da própria Carta da

* Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro-RJ, Brasil).

OEA reformada pelo protocolo de Buenos Aires, que em seu item *k* do artigo 34 inclui habitação adequada no rol de metas básicas a serem perseguidas pelos Estados; e (ii) um que diz respeito a toda essa categoria de direitos, o reconhecimento inédito da violação de um direito social de forma autônoma, o direito à estabilidade laboral; no escopo da sentença do Caso Lagos del Campo vs. Peru de 2017, representando uma mudança de postura da Corte IDH que passa do reconhecimento dessa capacidade no caso Acevedo Buendía vs Perú em 2009 ao exercício da mesma.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; moradia; desenvolvimento progressivo; Direitos Econômicos Sociais e Culturais; judiciabilidade.

DIÁLOGOS ENTRE CORTES E TRIBUNAIS INTERNACIONAIS: PERSPECTIVAS, DESAFIOS E INTEGRAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

MARCUS VINICIUS PORCARO NUNES SHUBERT*

FÁBIO REZENDE BRAGA**

RESUMO

O Direito Internacional se vê marcado pelo diálogo entre cortes e tribunais internacionais. Com a proliferação desses órgãos judicantes, e o característico cenário descentralizado do direito internacional, tal diálogo torna-se imprescindível como forma de manter a coerência sistêmica e coordenar as fontes do direito internacional. O objetivo do presente trabalho é estudar tais fenômenos e observar, principalmente, suas consequências para os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. Os métodos que foram utilizados são o bibliográfico e o comparativo, tendo-se em vista a necessidade de analisar diversos tribunais e cortes internacionais, e abordar a as particularidades do diálogo entre juízes e jurisprudências internacionais. Primeiramente, observa-se que o fenômeno do diálogo é marcado pela citação, por um tribunal, da jurisprudência de outro. Há órgãos, como a CIJ, que são tão citados e reproduzidos, que veem sua autoridade fortalecida. Tal fenômeno atrai outras cortes que buscam se valer dessa autoridade para assegurar sua competência e credibilidade no cenário internacional. Contudo, o inverso também é verdadeiro: Há órgãos, como a própria CIJ que não citam outros tribunais com tanta frequência. Em meio a este cenário, deve-se destacar o diálogo constante que mantém os três sistemas regionais de proteção

* Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR, Brasil. Doutorando em Direitos Humanos e Democracia. Mestre em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Especialista em Direito Internacional pelo CEDIN – Centro de Direito Internacional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Integrante do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia do PPGD/UFPR, núcleo que integra a Coordenação do Centro de Estudos da Constituição (CCONS); Estudante. E-mail: marcus-schubert@hotmail.com.br.

** Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR, Brasil. Doutorando em Direitos Humanos e Democracia. Mestre em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Especialista em Direito Ambiental pela UFPR/PR. Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (Unit/SE). Integrante do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia do PPGD/UFPR, núcleo que integra a Coordenação do Centro de Estudos da Constituição (CCONS); Estudante. E-mail: frezendebraga@gmail.com.

dos direitos humanos, o europeu, o interamericano e o recente sistema africano, os quais apresentam grandes possibilidades de reforço e construção da jurisprudência internacional através de sua integração. Verifica-se que os diálogos destes sistemas são construídos sob duas óticas: Tanto se observa o posicionamento dos demais órgãos “externamente”, como se procura compatibilizar essa lógica internamente, adequando-se à realidade do sistema em questão, preservando-se, assim, sua autoridade e buscando o reflexo necessário na cultura jurídica regional. Tal processo joga luz nova sob o clássico debate da universalidade e particularidade dos direitos humanos. Por fim, a tendência verificada é que o diálogo entre os sistemas regionais torne-se cada vez mais denso, haja vista que em meados de 2018, durante a ocasião dos 40 anos do aniversário da Convenção Americana de Direitos Humanos, foi firmada uma declaração conjunta dos Presidentes das Cortes que integram os três sistemas, criando o Fórum Permanente de Diálogo Interinstitucional que objetiva fortalecer os direitos humanos e promover a integração da jurisprudência entre as cortes. Nesse sentido, é possível concluir que, embora haja problemas na coordenação e na reprodução apenas do discurso de cortes mais antigas, casos como o dos sistemas de proteção dos direitos humanos demonstram como o diálogo fortalece tanto o direito internacional, como a autoridade dos atores envolvidos no processo.

Palavras-chave: diálogo; direitos humanos; transjudicialismo; tribunais internacionais; Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos.

OS CASOS “GOMES LUND” E “HERZOG” NO CONTEXTO DITATORIAL DE 64: DIÁLOGO ENTRE CORTES OU REFORÇO DA SUPREMACIA JUDICIAL INTERNA?*

MARIA VALENTINA DE MORAES**

SABRINA SANTOS LIMA***

RESUMO

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos surgiu após o período do Segundo Pós-Guerra, vindo a se consolidar, notadamente, com a promulgação do Pacto de San José da Costa Rica, em 1969, bem como com a articulação dos dois órgãos que compõem o seu aparato institucional: a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Difundiu-se, em momento posterior, teorias que justificam um diálogo a ser exercido entre

* Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Fórmulas de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), coordenado pela Professora Pós-Doutora em Direito Mônia Clarissa Hennig Leal. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

** Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade I. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES e bolsa CAPES no Processo nº. 88887.156773/2017-00, Edital PGCII nº 02/2015, Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile - CECOCH (Chile). Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos”, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Drª Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: <marivalentina.23@hotmail.com>.

*** Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade I. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional – instrumentos teóricos e práticos”, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Drª Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: <sa_94@hotmail.com>.

o âmbito interno e externo, ferramenta que vem a contribuir com a lógica de proteção dos direitos humanos, e que deve ser observada entre as jurisdições (diálogos jurisdicionais), especialmente entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em se tratando do Brasil. A Corte Interamericana teve relevante atuação no que tange às violações massivas de direitos humanos que ocorreram nos períodos ditatoriais na América Latina, processando e condenando diversos Estados membros do Sistema Interamericano, pelas violações de direitos por eles cometidas, afirmando o seu entendimento quanto à inconveniência das Leis de Anistia promulgadas nesse contexto. Pensando-se nisso, surgiu a seguinte problemática: diante dos casos “Gomes Lund” e “Herzog”, *versus* Brasil, é possível afirmar a (in)existência de uma abertura ao diálogo jurisdicional por parte do STF, com relação à Corte IDH? Assim, a fim de responder a problemática suscitada, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, partindo-se da hipótese que as decisões reforçam a inexistência de uma abertura ao diálogo jurisdicional por parte do mais alto Tribunal brasileiro. Desse modo, objetiva-se, num primeiro momento, abordar a origem e a lógica de funcionamento do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, enquanto órgão de jurisdição internacional. Após, pretende-se tratar dos aspectos essenciais referentes às teorias que sustentam diálogos jurisdicionais, para, por fim, analisar se há, ou não, uma abertura ao diálogo com a Corte IDH, por parte do STF, a partir dos casos “Gomes Lund e outros” e Herzog e outros”, casos contenciosos julgados pela Corte IDH, que tiveram o Brasil como parte, e que se referem, notadamente, a violações de direitos humanos cometidas durante o período do regime militar no País. Com base na análise realizada, é possível, a partir da noção de proteção multinível de direitos humanos construída com a criação dos Sistemas de Proteção de Direitos Humanos e a realização do controle de convencionalidade, especialmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, constatar a dificuldade de abertura da jurisdição nacional em relação à interamericana. O diálogo entre jurisdições mostra-se como uma ferramenta essencial nessa interlocução, à medida que proporciona uma interação jurisdicional voltada a melhor realização de direitos humanos. Neste cenário, respondendo ao problema proposto, com base na análise dos casos Gomes Lund e outros e Herzog e outros, afirma-se a não realização de um diálogo entre Cortes, reforçando a não abertura do mais alto Tribunal brasileiro ao diálogo com a Corte de San José da Costa Rica.

Palavras-chave: Caso Gomes Lund; Caso Herzog; diálogo jurisdicional; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Supremo Tribunal Federal.

A VIOLÊNCIA DE GÊNERO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DO CASO LÓPEZ SOTO E OUTROS VS. VENEZUELA

MARINA BONATTO*

RESUMO

No sistema interamericano a violência de gênero é reconhecida como violação de direitos humanos. A preocupação com a questão está esboçada na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994, em que se reconhece a violência contra a mulher como uma ofensa a própria dignidade humana. Ademais, há no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos casos emblemáticos por terem abordado a questão da violência de gênero, tais como os casos Miguel Castro Castro vs. Peru, González e outras vs. México e Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil. No entanto, apesar das disposições normativas internacionais e regionais, a América Latina é apontada como o local fora de zonas de guerra mais perigoso para as mulheres. E é nesse contexto que o caso López Soto e outros vs. Venezuela, portanto, se revela de tamanha importância. Em 16 de novembro de 2018 a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a responsabilidade do Estado da Venezuela pela tortura e violência sexual sofridas por Linda Loaiza López Soto, bem como por outras violações de direitos humanos. Foi a primeira vez que a Corte Interamericana julgou um caso específico de violência de gênero. O caso se destaca principalmente pelo fato de que foi reconhecida a responsabilidade internacional do Estado pelos atos de violência perpetrados por um particular. Verificou-se no caso em questão que o Estado não cumpriu o dever de devida diligência na prevenção, investigação e sanção da violência contra a mulher, obrigação imposta pelo direito internacional dos direitos humanos. A própria Corte salienta que a questão se diferencia dos demais porque as autoridades policiais não apenas sabiam do risco a que estava submetida Linda Loaiza,

* Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Integrante do Centro de Estudos da Constituição da Universidade Federal do Paraná. Integrante do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná. Integrante do Grupo de Pesquisa Justiça, Democracia e Direitos Humanos vinculado ao PPGD/PUCPR. Advogada. E-mail: marina.bnnt@gmail.com.

como também tinham informações sobre a identidade do autor, sua descrição física e seus dados. No que diz respeito especificamente a tortura, a Corte entendeu que os atos de violência contra a mulher perpetrados por particulares não podem ser excluídos do rol de atos de violência contra a mulher que podem se enquadrar no conceito de tortura quando cometidos com a tolerância e aquiescência estatal. Sendo assim, o caso em questão é de suma importância para a análise das obrigações do Estado frente a situações de violência de gênero, estabelecidas tanto no direito internacional como regional dos direitos humanos, e da responsabilização internacional do Estado por atos de violência de gênero de particulares. Pretende-se com o presente trabalho, desta forma, realizar uma análise da forma como a Corte Interamericana se posiciona quanto à violência de gênero, principalmente quando em comento atos de violência perpetrados por particulares. Busca-se também, por fim, demonstrar o impacto do julgamento do caso *López Soto e outros vs. Venezuela* no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos e para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Palavras-chave: direitos humanos; Corte Interamericana de Direitos humanos; violência de gênero; responsabilidade internacional do Estado; Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

INFLUÊNCIAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

MARINA CARDOSO FARIAS*

RESUMO

No espectro dos mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos e dos tribunais internacionais se encontram, de um lado, os tribunais internacionais de direitos humanos e, do outro, os tribunais penais internacionais. Ambos são componentes complementares do sistema de justiça global voltado à proteção dos direitos humanos desenvolvido na segunda metade do século XX - os primeiros se ocupando da proteção do indivíduo frente ao Estado e os segundos tratando da proteção da comunidade internacional frente ao indivíduo. Em se tratando de um sistema interdependente, o diálogo entre esses tribunais é essencial para a promoção dos direitos humanos. Em razão disso, esse trabalho tem como objetivo analisar o uso de decisões e exemplos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pelo Tribunal Penal Internacional (TPI), dois tribunais que servem de exemplo desse diálogo entre cortes. Para isso, são analisados os dispositivos do Estatuto do TPI que possibilitam a utilização de precedentes da CIDH em suas decisões, bem como casos-chave do TPI em que foram utilizadas decisões da Corte Interamericana, com o suporte da doutrina relevante acerca da matéria. É possível apontar que o próprio Estatuto do TPI possibilita o uso de precedentes da CIDH através do seu artigo 21(1), que trata das suas fontes, além de prever, tanto no artigo 21(3), quanto no artigo 69(7), a observância a “direitos humanos internacionalmente reconhecidos”. Ademais, a CIDH e o TPI firmaram um acordo de cooperação em 2016, através do qual se comprometem a se assistir mutuamente através da troca de conhecimento, experiência e especialidades. É possível se observar o uso da jurisprudência da Corte Interamericana em diversas decisões do TPI, no entanto, se destacam três pontos. O primeiro deles diz respeito à definição de “direitos humanos internacionalmente reconhe-

* Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR, Brasil. Mestranda em Direitos Humanos e Democracia no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora no Núcleo de Estudos Criminais e membro do Grupo de Estudos e Prática Penal Internacional, ambos da UFPR. marinacardosofarias@gmail.com.

cidos”, recorrendo o TPI à CIDH em diversas ocasiões para a sua definição. O segundo diz respeito à construção da definição e punição de crimes contra humanidade, do qual o TPI detém jurisdição, tendo a CIDH reconhecido o status de *jus cogens* da proibição dos crimes de lesa-humanidade e a sua imprescritibilidade. O terceiro, e mais notável, diz respeito à participação das vítimas nos procedimentos. O TPI é o primeiro tribunal penal internacional a dar espaço às vítimas e, ao delinear a sua participação em seu primeiro julgamento, do caso Lubanga, o Tribunal recorreu ao exemplo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para definir diversos aspectos fundamentais relacionados à reparação das vítimas, como a definição do dano, a determinação de quem pode se beneficiar das reparações, além de princípios para determinar o nexo entre o crime e as vítimas a serem reparadas. Em conclusão, o TPI vem se beneficiando da influência de tribunais internacionais de direitos humanos como a CIDH em diversos aspectos, demonstrando a possibilidade e a necessidade do diálogo entre diferentes mecanismos de proteção de direitos humanos.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; Tribunal Penal Internacional; mecanismos de proteção de direitos humanos; diálogo entre cortes; jurisdições internacionais.

A MORA NOS PAGAMENTOS MEDIANTE PRECATÓ- RIOS: ANÁLISE DO CASO 12.836 DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH)

MATEUS DOMINGUES GRANER*

RESUMO

O regime de precatórios no Brasil tem sido marcado pela mora e desobediência do Estado para indenizar os seus cidadãos que, de alguma forma, acabaram sendo lesados por algum ente da Federação. Os efeitos são graves e as violações aos direitos humanos são latentes. O objetivo do presente trabalho é expor brevemente o regime jurídico dos precatórios, no primeiro capítulo, descrevendo suas características e apontando as violações aos direitos humanos, principalmente pelas sucessivas prorrogações dos prazos para pagamento (art. 33 da ADCT, Emendas Constitucionais nº 30/2000, 62/2009, 94/2016 e 99/2017, atualmente até 31/12/2024), que premiam a inadimplência do Poder Público, em prejuízo à coisa julgada e ao direito dos credores. Apresentado o panorama geral, no segundo capítulo, busca-se analisar o Caso nº 12.836, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), pois é representativo desta problemática dos precatórios e já foi admitido, aguardando apenas o julgamento de mérito. O Estado brasileiro sustentou que o sistema de precatórios apresenta tendência crescente no pagamento e no número de beneficiários; e, ainda que se reconheça que o Brasil não tenha adotado práticas em consonância com a Convenção Americana, a forma de cumprimento de decisões internacionais é matéria de direito interno, sendo vedado que a Corte determine as medidas a serem tomadas. Porém, não enfrenta a moratória, o pagamento de verbas alimentares por precatório, e as violações ao direito de propriedade, justa retribuição, justiça, garantia dos direitos humanos e a proteção da dignidade humana. Conclui-se que o caso em questão pode pressionar para que o Estado brasileiro respeite os direitos humanos no tocante aos precatórios.

Palavras-chave: precatórios; mora; direitos humanos; caso 12.836; CDIH.

* Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Curitiba-PR, Brasil). Especialista em Direito Administrativo pelo IDRFB. Graduado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro do grupo de estudos do Núcleo de Investigações Constitucionais (NINC). Advogado. E-mail: granermateus@gmail.com.

RELAÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD) COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DOS DIREITOS HUMANOS

MATEUS GRUBER*

SARAH FRANCINE SCHREINER**

RESUMO

O Regime Disciplinar Diferenciado – RDD foi instituído pela Lei 10.792/2003 como forma de combate ao crime organizado. Líderes dessas organizações mantinham o controle dos negócios ilícitos mesmo depois de presos. Assim, viu-se a necessidade do Estado punir mais rigorosamente esse tipo de conduta. O RDD é caracterizado pela duração máxima de 360 dias; pelo recolhimento em cela individual; limitação de visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças; pelo direito de saída da cela por duas horas diárias para banho de sol. Tais características estão dispostas nos incisos I a IV do artigo 52 da Lei de Execução Penal. Há duas modalidades de RDD previstos na Lei de Execução Penal: o punitivo, que decorre da prática de fato previsto como crime doloso ou de fato que ocasione a subversão da ordem ou disciplina internas; e o cautelar, aplicável aos presos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, §1º), ou àqueles sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, §2º). A doutrina afirma que as previsões dos §§ 1º e 2º do art. 52 da LEP possuem traços do direito penal do inimigo. A partir dessa concepção, o RDD tem a finalidade de separar, “dentre os cidadãos, aqueles que devem ser considerados os inimigos (terroristas, autores de crimes sexuais violentos, criminosos organizados, dentre outros)” (NUCCI, 2014). Por serem inimigos, não merecem as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa. Por tais particularidades do instituto, a inquietude deste estudo envolve a eventual relação do RDD com o direito penal do

* Graduando em Direito pela Univille Campus São Bento do Sul – SC, (São Bento do Sul – SC, Brasil), participante do grupo de estudos do Núcleo de Estudos e Atividades em Direitos Humanos – NEADH da Univille-SBS. E-mail: mateus.gruber@gmail.com.

** Professora da Univille Campus São Bento do Sul – SC, (São Bento do Sul – SC, Brasil), mestranda em Direitos Humanos e Políticas Públicas – PUC-PR, participante do grupo de estudos do Núcleo de Estudos e Atividades em Direitos Humanos – NEADH da Univille-SBS. Advogada, E-mail: sarahfrancine@yahoo.com.br.

inimigo. Assim, o objetivo principal estabelecido é analisar o instituto do RDD frente à teoria do direito penal do inimigo preconizada por Günter Jakobs. Para tanto, tem-se por objetivos específicos: conceituar o RDD a partir da Lei de Execução Penal; analisar a conformidade do RDD com os princípios constitucionais e direitos humanos; conceituar o direito penal do inimigo e verificar a relação entre o RDD e o direito penal do inimigo de Günter Jakobs. A pesquisa é de cunho eminentemente bibliográfica, visto que foi desenvolvida a partir da produção doutrinária sobre o tema. O RDD pune o agente pela condução de vida e pela periculosidade que representa para a sociedade e não pelo fato praticado, o que caracteriza direito penal do autor, inadmissível no ordenamento jurídico pátrio. Ademais, viola princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa e flexibiliza-se o princípio da legalidade, violando, por consequência, direitos humanos. Os líderes das facções criminosas são considerados inimigos do Estado e, quando inseridos no RDD, têm os direitos constitucionais violados, visto que a doutrina afirma o RDD representar uma pena cruel violador do princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: execução penal, regime disciplinar diferenciado, direito penal do inimigo, direitos humanos, direito constitucional

A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA PROTEÇÃO AOS POVOS TRADICIONAIS LATINO-AMERICANOS E OS IMPACTOS DO “BUEN VIVIR”

MAYARA PELLENZ*

BRUNA EDUARDA LAURINDO**

RESUMO

Em um cenário mundial de contínua exploração sobre o meio ambiente e seus recursos, é necessário lançar luzes sobre a temática da proteção das comunidades tradicionais, a exemplo das suas múltiplas relações com o território em que habitam. A presente pesquisa busca lançar bases de discussões acerca de mecanismos constitucionais e legais existentes no sistema jurídico brasileiro nesta seara, recontextualizando a temática sob o ponto de vista de um novo paradigma em construção da relação entre o meio ambiente e os povos tradicionais no constitucionalismo latino-americano: o *buen vivir*. Em uma seara em que o desrespeito às normas protetivas dos direitos humanos são constantes, a noção de justiça ambiental é vista como um direito ao meio ambiente seguro, sadio e produtivo para todos, onde o meio ambiente é considerado em sua totalidade, incluindo as diversas dimensões. Neste contexto, busca-se discutir caminhos e alternativas para a superação do embate entre paradigmas e projetos para a sociedade, a partir de um senso humanitário que resgate a *recta ratio* e retome a noção de pertencimento entre os seres humanos. O novo constitucionalismo latino americano é um fenômeno que pode ser interpretado nessa direção, pautado

* UniSociesc (Blumenau-SC, Brasil). Docente titular do UniSociesc de Blumenau. Docente no Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade AVANTIS de Balneário Camboriú, no Curso de Pós-Graduação em Psicologia Jurídica da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe. Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade Meridional. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal e em Psicologia Jurídica na Faculdade Meridional. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Associada ao Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito. Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa: Ética, Cidadania e Sustentabilidade e Multiculturalismo e Pluralismo Jurídico, desenvolvidos na Faculdade Meridional de Passo Fundo e do Grupo de Pesquisa Direito Empresarial e Sustentabilidade da UniSociesc. Advogada. E-mail: maypellenz@hotmail.com.

** UniSociesc (Blumenau-SC, Brasil). Estudante de Direito do Unisociesc. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade. Estagiária do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: brunaedlaurindo@gmail.com.

em novos atores sociais e realidades globalizadas, ao admitir, por exemplo, direitos próprios da natureza e também direitos ao desenvolvimento do *buen vivir*. Como possibilidade de reflexão, essa pesquisa, de ordem qualitativa, buscou uma proposta humanitária e dialógica entre os diferentes modos de vida na sociedade globalizada, por meio de uma investigação de referencial bibliográfico e documental sobre a temática. Diante disso, concluiu-se que há uma história de luta por reconhecimento da identidade étnica desses povos com a valorização de seus viveres e saberes em prol da natureza. Muitas comunidades indígenas, com sua sabedoria milenar, demonstram o *buen vivir* pela cosmovisão e como forma de resistência ao capitalismo, vivendo de suas práticas alternativas com organização, cooperação e respeito pelo outro e pela natureza.

Palavras-chave: buen vivir; direitos humanos; povos tradicionais; meio ambiente; Pachamama.

O DIREITO FUNDAMENTAL À INAFSTABILIDADE JURISDICIONAL E A IRREVERSIBILIDADE DE EFEITOS DAS TUTELAS ANTECIPADAS DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE

MICAELA PORTO LINKE*

RESUMO

A presente pesquisa desenvolveu-se diante do direito fundamental à inafastabilidade jurisdicional, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil, em relação à disposição legal do artigo 300, § 3º do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, em especial quanto a sua aplicação nas tutelas antecipadas de urgência em caráter antecedente. Desse modo, objetivou-se a análise do acesso à jurisdição, da garantia constitucional de apreciação judicial de lesão ou ameaça de lesão a direito, perante a condição negativa de irreversibilidade de efeitos da decisão de concessão de tutelas antecipadas de urgência, especificamente quando requeridas em procedimento antecedente. Com base de estudo na doutrina e na legislação brasileiras referentes ao tema do projeto, a pesquisa utilizou-se primordialmente de método dedutivo, excepcionalmente, voltando-se ao o método comparativo, para buscar também no ordenamento jurídico e doutrina estrangeiros embasamento para esta discussão. Dessa maneira, observou-se que o direito fundamental de acesso à jurisdição compreende o direito de ação e o direito de defesa, refletindo concretamente no regime das tutelas provisórias atualmente vigente, caracterizado por sua atipicidade e flexibilização, constando no Livro Geral em capítulo próprio e abarcando quaisquer medidas atípicas cabíveis. Esse segue a tendência de movimento por qual passa processo civil, porém carrega ideias anteriormente vinculadas ao instituto, dentre as quais exigência de possibilidade de retorno ao *status quo ante* para o deferimento de pedido em cognição sumária, inclusive nos casos de satisfatórias em caráter antecedente, as quais são uma inovação da legislação vigente desde 2016. Entretanto, desde o código de processo civil anterior, tendo a antecipação de tutela a função de possibilitar a concretização da proteção jurisdicional adequada, efetiva e tempestivamente àqueles que acionam o poder judiciário sem ferir com

* Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Porto Alegre-RS, Brasil), bolsista de Iniciação Científica CNPq PIBIC 2018/2019. E-mail: micaelalinke@terra.com.br.

os direitos à ampla defesa da parte adversa – do que advém os requisitos de demonstração de probabilidade de direito, de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e de reversibilidade de efeitos quando urgentes -, entende-se que a regra processual que estipula a condição negativa não é absoluta em respeito à inafastabilidade jurisdicional e à função do instituto. Ou seja, conforme o enunciado nº 419 do FPPC, enunciado nº 25 da ENFAM, parte majoritária da doutrina brasileira - ao encontro do entendimento legislativo e doutrinário português quanto ao instituto em seu ordenamento jurídico -, o artigo 300, §3º, do CPC/15 pode ser relativizado ou afastado concretamente, porquanto preenchidas as exigências positivas para o deferimento de medidas liminares, essas devem ser evitadas unicamente se o prejuízo ocasionado por seu provimento superaria aquele que tem a intenção de evitar. Por conseguinte, a garantia constitucional de inafastabilidade jurisdicional que se pretende concretizar a através do instituto das tutelas provisórias permeia sua interpretação, de forma que este não seja descaracterizado, utilizando-se da proporcionalidade, ou seja, a avaliação ordenada da adequação e da necessidade da medida, ultimamente ponderando os bens jurídicos em conflito, no intuito de prestar tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva - finalidade do processo civil constitucionalizado – que é garantida fundamentalmente.

Palavras-chave: acesso à jurisdição; tutela provisória; irreversibilidade de efeitos; proporcionalidade; efetividade de direito fundamental.

ACIDENTES DE TRABALHO NA INDÚSTRIA PIROTÉCNICA BRASILEIRA: A ESPERANÇA NA DENÚNCIA A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

MIRIAM OLIVIA KNOPIK FERRAZ*

RESUMO

Analisa-se os acidentes de trabalho na indústria pirotécnica brasileira e os possíveis impactos da denúncia e recepção na CIDH. A metodologia utilizada é a indutiva, uma vez que se parte do caso específico do Relatório nº 25/18, Caso nº 12.428 - Empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares, para caminhar para o tema geral das indústrias pirotécnicas e dos acidentes de trabalho. Após, utiliza-se bibliografia especializada e estatísticas para a compreensão, através da metodologia dedutiva, traçar a importância da denúncia para o futuro. Subdividiu-se a pesquisa em 3 eixos: a) Análise qualitativa do Caso nº 12.428: 11/12/1998 ocorreu a explosão de uma fábrica de fogos de artifício em Santo Antônio de Jesus (Bahia/Brasil) que deixou 64 mortos e 6 feridos. Salientou-se que a fábrica funcionava clandestinamente, guardava material proibido e operava sem as condições mínimas de segurança. Foram interpostas ações administrativas, penais, civis e trabalhistas (76 demandas) as quais demonstraram-se ineficazes pela morosidade e registro da empresa em nome do Filho, não possuindo patrimônio suficiente. Destaca-se o trabalho de menores. b) Compreensão das indústrias pirotécnicas brasileiras e os acidentes de trabalho: Segundo o SINDIEMG, Santo Antônio do Monte possui 70 empresas de Fogos de Artifício (é considerado o maior polo das Américas), representam 70% dos postos de trabalho. Este trabalho envolve: cartonagem (embalagem); manipulação de pólvora branca e preta; arrematação do foguete (montagem); A regulamentação está no Decreto nº 9.493/2018 que dá nova redação ao Regulamento para Fiscalização de produtos controlados (R-105). Com a internacionalização do setor e a entrada da China, (correspondendo a 95% do setor) comprometeu-se em 2005

* Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Doutoranda em Direito pela PUC-PR (bolsista PROSUP). Especialista em Direito Constitucional pela ABDCONST. Pós-graduanda Legal Tech: Direito, Inovação e Start Ups pela PUC Minas. Editora Adjunta da Revista da ABDCONST. Membro Núcleo de Estudos de Pesquisas em Tributação, Complexidade e Desenvolvimento e do Grupo de pesquisa Análise Econômica do Direito da PUCPR. Membro da Comissão de Igualdade Racial e da Verdade da Escravidão Negra da OAB-PR. E-mail: m.okf@hotmail.com.

mais de 2000 postos de emprego. Principais acidentes: 21/6/1991- 25 Mortos em São Gonçalo/RJ; 28/1/1995- 15 mortos e 24 feridos em São Paulo/SP; 11/12/1998- 64 mortos entre eles 3 grávidas (o caso em análise); 6/10/1999- 7 mortos, um ferido em Nova Iguaçu/RJ; 19/2/2000- 20 feridos em Nilópolis/RJ; 1/7/2001- 27 feridos em Parintins/AM; 24/11/2001- 13 mortos e 341 feridos em Belo Horizonte/MG. Efetivamente de 1999 a 2015 ocorreram mais de 85 acidentes. 3) Compreensão dos impactos da denúncia à CIDH para a proteção do setor. O Estado Brasileiro argumentou a realização do projeto “Fenix” em 1999, entretanto não se iniciou; há problemas de responsabilização na Justiça do Trabalho: empresas entram em processos de falência, não possuem bens, algumas estão registradas em nome de terceiros, possuem trabalho infantil e escravo. Recomendações da corte: reparação integral; reforço da legislação de saúde e segurança; adoção medidas trabalhistas, administrativas e outras para coibir ações futuras. Políticas públicas direcionadas são essenciais para o revestimento protetivo do setor, que deve se pautar em: fiscalização das condições de trabalho e métodos; celeridade processual; reformulação da legislação em saúde e segurança para adequação de índices; problemática da celeridade processual e de demandas de urgência. Conclui-se que a denúncia e o referido parecer da CIDH poderão incentivar o Estado brasileiro a tomar medidas efetivas com relação aos acidentes de trabalho da indústria pirotécnica.

Palavras-chave: acidente de trabalho; indústria pirotécnica; denúncia à CIDH; saúde e segurança no trabalho.

O DIREITO CONSTITUCIONAL AO SUFRÁGIO UNIVERSAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO REGIME DEMOCRÁTICO: LIMITES E POSSIBILIDADES CONSTITUCIONAIS AO VOTO DO PRESO

MONIKE FRANCIELY ASSIS DOS SANTOS*

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar o voto como um direito político fundamental sob o plano jurídico do estado democrático consolidado pela Constituição da República de 1988. Insta-se que há diversos elementos que demonstram violações aos direitos constitucionais no Brasil, especialmente quando avaliados no âmbito do sistema criminal, vez que este é seletivo, aplicado com maior incidência em face da população vulnerável. O problema de pesquisa consiste, assim, em analisar em que medida é adequado ao regime constitucional vedar a qualquer o preso condenado o seu direito ao sufrágio universal. Direito político exercido pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (art. 14, caput, da CFRB/88) e previstos como categoria de cláusulas pétreas, conforme o artigo 60, § 4º, do mandamento constitucional. O procedimento metodológico é o dedutivo-intuitivo, na medida em que se analisa a problemática notadamente a partir de referenciais doutrinários e jurisprudenciais. Tal paradigma do constitucionalismo e da democracia exercidos pelo direito ao voto do preso também é avaliado no âmbito do direito comparado, a partir também de argumentos teóricos e práticos. Adotam-se indicadores como parâmetros a serem aplicados de acordo com o contexto brasileiro. Como resultado, infere-se que a vedação ao sufrágio universal a qualquer preso condenado desarmoniza-se com a ideia de democracia, vez que acarreta em direta afronta ao postulado filosófico de empoderamento social em que o sujeito é ao mesmo tempo súdito e soberano. Assim, a restrição do direito ao voto do preso desrespeita princípios democráticos estruturantes como o direito à participação política e à dignidade da pessoa

* Pós-graduanda em Filosofia e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano – UNIFAE. Assessora Jurídica no Ministério Público Estado do Paraná – MPPR. E-mail: santos.monike@gmail.com.

humana, bem como afronta o princípio da proporcionalidade na aplicação jurídica. Conclui-se que a vedação ao direito político de sufrágio universal, não é uma medida adequada, vez que tende a contribuir para a exclusão da população mais vulnerável, de modo a diagnosticar elementos negativos e positivos capazes estruturar a ideia da de consolidar o regime democrático no âmbito do sistema penal, área especial do direito em que se pode investigar de modo substancial a dimensão jurídico-filosófica nas relações de poder impostas no estado democrático contemporâneo.

Palavras-chave: direito constitucional; direitos fundamentais; voto; preso; democracia.

OS EMBATES JURÍDICOS ENTRE OS DIREITOS HUMANOS DOS IMIGRANTES E A ADMINISTRAÇÃO DO PRESIDENTE DONALD J. TRUMP: O CASO DOS IMIGRANTES LATINOS DA FRONTEIRA SUL DOS EUA

MURILO FRANCO MARTINS*

RESUMO

Em 2016, a socióloga Saskia Sassen escreveu o artigo intitulado “*Three Emergent Migrations an Epochal Change*” no qual afirma que a América Central é uma reconhecida região de emigração (em razão de fatores econômicos e políticos), especialmente de crianças desacompanhadas de seus pais, rumo aos Estados Unidos. Em paralelo deste contexto, há de se ressaltar a eleição do presidente Donald J. Trump, cuja administração tratou de recrudescer a legislação imigratória dos Estados Unidos. Destarte, este último fato pode ser vislumbrado, dentre vários outros exemplos, mediante a *Executive Order 13767* tendo como pressuposto que a recente imigração ilegal existente na fronteira sul dos Estados Unidos representa um claro perigo para os interesses deste país. **Objetivo:** mostrar os embates jurídicos entre a proteção dos direitos humanos dos imigrantes e do governo do presidente Donald J. Trump. **Procedimento metodológico:** o método de abordagem irá valer-se da pesquisa empírica por amostragem, trazendo exemplos de casos concretos. Ademais, a presente pesquisa será embasada por dados quantitativos e pela interdisciplinaridade, em razão da necessidade de colocar em congruência estudos jurídicos, políticos e sociológicos. A pesquisa empírica ocorre mediante a apresentação de casos envolvendo coletas das *Executive Order* dirigidas aos imigrantes, assinadas pelo presidente Donald Trump. Diante disto, para as análises quantitativas, foram buscados dados oficiais junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), Organização dos Estados Americanos (OEA), *United States Department of Homeland Security* (DHS), Casa Branca e da *United Nations Human Rights Office of the High Commissioner* (OHCHR). **Resultados:** A intersecção entre política imigratória e política criminal (que sustenta parte do endurecimento das políticas imigratórias dos Estados Unidos sob a administração Trump) teria iniciado por volta da década de 1980, durante o governo

* Graduando de Direito da Faculdade de Ensino Superior do Paraná - FESP-PR (Curitiba-PR, Brasil). E-mail: muri-logw2@gmail.com.

de Ronald Reagan, que vislumbrou a chegada dos cubanos e haitianos como uma ameaça à segurança pública e para usufruir dos benefícios da seguridade social. Como exemplo recente desta relação entre as políticas, a *Executive Order* intitulada como “*Affording Congress an Opportunity to Address Family Separation*” que autorizava a separação de pais e filhos de imigrantes ilegais (medida que afetou, sobretudo, aqueles imigrantes da fronteira sul dos Estados Unidos) fora amplamente criticada pela CIDH e OHCHR por tratar a imigração irregular como crime. **Conclusão:** Algo que vem trazendo grande preocupação à CIDH é a apreensão de crianças sem documentos e desacompanhadas de seus pais e, até mesmo, a morte daqueles. Deste modo, esta intersecção entre política migratória e política criminal demanda um olhar crítico, posto que ocasionalmente poderá ter como efeito ‘criminalizar’ pessoas apenas por serem imigrantes, “rótulo” este que varia de acordo com a política migratória que dado governo pretende adotar.

Palavras-chave: direito migratório; direitos humanos; direitos fundamentais; imigração na América Latina; política na América Latina-Estados Unidos.

O TRABALHO ESCRAVO INFANTIL NA AMÉRICA LATINA E CARIBE: CASO DOS EMPREGADOS DA FÁBRICA DE FOGOS DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS E SEUS FAMILIARES VS. BRASIL

NICOLE TREVISAN*

LETÍCIA MARIA RUTKOWSKI SALLES**

RESUMO

A América Latina e o Caribe se encontram em um cenário onde o crescimento econômico e a redução sustentada da pobreza dos últimos anos contrastam com a persistência do trabalho infantil. O objetivo da pesquisa tem como principal elemento a divulgação da atual situação de trabalho infantil das crianças e adolescentes da América Latina e Caribe e o que os Estados tem realizado para que cesse essa exploração e utilizando o exemplo da recente condenação do Brasil pela Corte IDH no caso n.12428/18. O método utilizado foi o teórico-documental com análise de dados. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) apresentou à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) o Caso 12.428 dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares contra o Brasil. Uma explosão ocorrida nesta fábrica de fogos de artifício em dezembro de 1998 matou 64 e feriu 6 pessoas, todos empregados. Dessas pessoas, 22 eram crianças e adolescentes entre 11 e 17 anos de idade. A CIDH determinou que o Estado é responsável pela violação do direito à vida e à integridade pessoal ocorridas pela falta de fiscalização da fábrica, que exercia atividades perigosas, pelo emprego de trabalho infantil, por violações às garantias judiciais e à proteção judicial ocorridas em processos civis, penais e trabalhistas que deixaram de garantir o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação e punição dos responsáveis ou a reparação das violações dos direitos humanos. No Relatório de Mérito, a Comissão recomendou ao Estado a adoção de medidas de compensação econômica, satisfação do dano moral, e a dispor de medidas de atenção à saúde física e mental para as

* Mestranda em Direitos Humanos e Políticas Públicas na PUCPR, com bolsa Capes (Curitiba-PR, Brasil). Pesquisadora do grupo de pesquisa NEADI da PUCPR. Advogada. E-mail: nicatrevi@hotmail.com.

** Mestranda em Direito na PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Pesquisadora do grupo de pesquisa NEADI da PUCPR. Advogada. E-mail: leticia_sallesd@msn.com.

vítimas sobreviventes e de saúde mental necessárias aos seus familiares. A CIDH salientou que o Estado também deve adotar todas as medidas necessárias para prevenir, erradicar e punir o trabalho infantil, e fortalecer suas instituições para assegurar o cumprimento do dever de fiscalização e inspeção de empresas. O caminho de cooperação e aliança percorrido pelos países da região até a atual “Iniciativa Regional América Latina e o Caribe livre de Trabalho Infantil” é resultado de um processo de apropriação que incluiu a adoção massiva dos convênios sobre idade mínima de admissão no emprego (138 da OIT) e piores formas de trabalho infantil (182 da OIT), assim como a criação de comitês nacionais, a implementação de planos nacionais. Existem ainda 167 milhões de pessoas que vivem em situação de pobreza e 66 milhões em situação de extrema pobreza ou indigência na região. Os altos índices de trabalho informal são, em maioria, condicionantes do trabalho infantil, por isso que o esforço por sua erradicação adquire um caráter estratégico e requisito imprescindível para combater a pobreza e a desigualdade, alcançar a educação e pleno emprego produtivo e decente para jovens e adultos. A persistência do trabalho infantil na América Latina e o Caribe constitui um sinal de alerta que deve ser respondido urgentemente, evitando, assim, que efeitos regressivos intensifiquem o problema.

Palavras-chave: CIDH; direitos humanos; Brasil; América Latina e o Caribe; trabalho infantil.

O “CASAMENTO INFANTIL” NO BRASIL E AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

NICOLLY CARVALHO NOGUES*

RESUMO

O Brasil é signatário de diversos tratados e convenções que objetivam a proteção da mulher, da criança e do adolescente. Neste sentido, a união análoga ao casamento envolvendo meninas menores de 18 anos é tido como uma prática a ser erradicada pela legislação brasileira. Ainda assim, o Brasil ocupa, atualmente, o quarto lugar no mundo em um ranking que contabiliza o número de meninas com menos de 18 anos inseridas em relações análogas ao casamento. O trabalho busca, diante deste cenário, analisar quais as legislações e dispositivos específicos que incidem sobre as uniões análogas ao casamento que envolvam meninas menores de 18 anos no Brasil e de que forma a proteção ao pleno desenvolvimento e as garantias fundamentais destas meninas são violadas. O desenvolvimento do trabalho se deu, inicialmente, por meio do exame de legislações, tratados e convenções específicas acerca do tema de proteção à mulher e à criança e ao adolescente. E, em seguida, passou-se à análise da relação entre a incidência do “casamento infantil” e de que forma esta prática implica em violações aos direitos humanos deste grupo vulnerável. A Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC) foi o principal marco para o Brasil no direcionamento de políticas públicas para a proteção à criança e ao adolescente. Para a CDC, o termo “casamento infantil” engloba a prática de união análoga ao casamento que envolva menores de 18 anos. Pouco após a CDC, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, momento em que a criança e o adolescente passam a ter assegurados todos os direitos fundamentais, como forma de garantir a proteção ao pleno desenvolvimento deste grupo. Estima-se que, no Brasil, haja atualmente cerca de 88 mil meninas e meninos, com idade entre 10 e 14 anos, em uniões consensuais. Também, calcula-se que cerca de 877 mil mulheres no país contraíram relações análogas ao casamento pela primeira vez antes dos 15 anos de idade. A prática do “casamento infantil” no Brasil não se restringe às localidades rurais e nem

* Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Advogada. E-mail: nicolly.nogues@hotmail.com.

somente às famílias com forte senso religioso. Além de ser um problema constatado em centros urbanos, está também fortemente ligado a questões socioeconômicas e de gênero. A princípio, o “casamento infantil” se apresentou como uma prática que enseja na violação de Direitos Humanos principalmente porque os principais problemas observados nesta relação são o abandono escolar, a violência doméstica e sexual sofrida pelas adolescentes, a gravidez precoce e a dificuldade de inserção no mercado de trabalho, todas ofensas aos direitos fundamentais que o ordenamento jurídico brasileiro se comprometeu a garantir à mulher e à criança e ao adolescente.

Palavras-chave: direitos humanos; criança e adolescente; gênero; casamento infantil; direitos fundamentais.

BRASIL SEM FRONTEIRAS: DA SUPREMACIA DO DEVER INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS VENEZUELANOS

PAULO CESAR DE LARA*
LAÍSE MILENA BARBOSA**

RESUMO

O objetivo desta pesquisa é analisar a decisão do STF que negou o pedido de Tutela Provisória da Ação Cível Originária 3.121 ajuizada pelo Estado de Roraima contra a União sob o viés da supremacia do dever internacional de proteção aos refugiados venezuelanos à soberania do Estado Brasileiro. Um dos pontos requeridos pelo Estado de Roraima foi de compelir a União a fechar temporariamente a fronteira entre o Brasil e a Venezuela ou limitar o ingresso de imigrantes venezuelanos no Brasil diante do colapso nos recursos básicos ofertados pelo Estado. De acordo com o ACNUR, a situação dos refugiados e migrantes venezuelanos é o maior êxodo na história recente da América Latina, sendo que em 2018 o número de venezuelanos vivendo no Brasil alcançava mais de 52.000 indivíduos, dos quais 40.000 teriam atravessado a fronteira com o Brasil no Estado de Roraima. No que tange ao tipo de pesquisa, buscar-se-á investigar a decisão do STF sob o marco teórico da globalização neoliberal e da crise venezuelana, pelo viés da metodologia crítico-dialética. Os conceitos de Migrante e Refugiado serão analisados a partir da dimensão racionalista do método dedutivo unida a uma revisão literária, considerando os tratados internacionais adotados pelo Brasil, principalmente do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e a legislação interna sobre a matéria. Para o procedimento de pesquisa, será utilizada a pesquisa bibliográfica, relatos históricos e análise de caso concreto, conquanto novo no que se refere à dados disponíveis sobre o ingresso de refugiados venezuelanos no Brasil no ano de 2019. Espera-se evidenciar o caráter restrito da Soberania do Estado Brasileiro ante ao dever de proteção dos refugiados, em compatibilidade com a decisão do STF que negou o pedido de Tutela Provisória, estando esta condizente com os Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos e Legislação In-

* Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa-PR, Brasil. Docente e Mestre. paulocesardelara@gmail.com.

** Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa-PR, Brasil. Acadêmica. laisemileb@gmail.com.

terna, pois o próprio Estado existe, assim, dentro de uma comunidade superior, em relação à qual tem deveres, não se admitindo, pois, o Estado absolutamente irresponsável. Logo, conclui-se que a imigração é um problema com claras conotações culturais, mas sobretudo de desequilíbrio na distribuição de riquezas evidente no contexto de crise neoliberal, sendo que o fechamento de fronteiras acaba privando indivíduos não apenas do acesso ao território, mas também do acesso ao próprio procedimento de obtenção de refúgio no Estado de destino.

Palavras-chave: soberania; refugiados; Estado de Roraima; Estado Brasileiro; Ação Cível Originária 3.121.

POLÍCIA COMUNITÁRIA: O EQUILÍBRIO ENTRE SEGURANÇA E DIREITOS HUMANOS

PEDRO ABDANUR MENDES DOS SANTOS*

RESUMO

A violência e os excessos nas atuações das polícias são temas recorrentes dentro da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Devido a isto, a CIDH publicou, em 2009, o Relatório sobre Segurança Cidadã e Direitos Humanos, em que recomenda uma reformulação dos sistemas de segurança na América Latina, de modo a alcançar ações mais efetivas e democráticas, e menos invasivas. Através da chamada “segurança cidadã”, o documento apresenta uma política de segurança em que a pessoa humana é colocada como objetivo central. Com ela, as estratégias e ações estatais para promoção da segurança são voltadas à valorização dos direitos fundamentais do indivíduo, mediante uma perspectiva multidisciplinar, com o intuito de se obter uma redução das oportunidades delitivas. Neste diapasão, foi instituída, em 2019, a Diretriz Nacional de Polícia Comunitária, que cria o Sistema Nacional de Segurança Comunitária no Brasil. Através deste, objetiva-se o aperfeiçoamento dos princípios norteadores dos órgãos de segurança pública, que passariam a orientar suas operações e estratégias de maneira integrada com a comunidade. Assim, a presente pesquisa visa analisar os dispositivos apresentados na Diretriz Nacional de Polícia Comunitária sob a luz do modelo de segurança cidadã proposto pelo Relatório sobre Segurança Cidadã e Direitos Humanos. A partir disto, avaliar o processo evolutivo da racionalidade das políticas de segurança no Brasil. Para isso, recorre-se ao método dedutivo, partindo-se da premissa do modelo de segurança cidadã proposto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos como um paradigma democrático de segurança pública, comparando-o com os ditames oferecidos pela Diretriz Nacional de Polícia Comunitária. Como decorrência, observa-se que a Polícia Comunitária, em sua natureza, pressupõe uma gestão comunitária da segurança pública, colocando o policial como um mero elemento dentro de uma filosofia estratégica, ao lado, primordialmente, da sociedade. Ou seja, o protagonismo popular é peça fundamental das políticas de

* Pós-graduando em Direito e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional, (Curitiba - PR, Brasil), Pós-graduando em Segurança Pública pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva, Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Advogado, E-mail: pedro.abdanur@gmail.com.

segurança. Assim, os atos policiais passam a ser mais diligentes e controlados, uma vez que são realizados com e para a comunidade. A Diretriz Nacional de Polícia Comunitária coloca esta conceituação em seu centro. Propõe uma reformulação nas funções dos policiais, que passam de combatentes a solucionadores de problemas e coordenadores de reuniões com a população. A norma busca dar um caráter humano ao profissional de segurança pública, que passa a fazer parte do cotidiano dos cidadãos. Neste aspecto, frente ao Relatório sobre Segurança Cidadã e Direitos Humanos realizado pela CIDH, a Polícia Comunitária demonstra-se como um primeiro e importante passo. Enquanto a principal preocupação expressa neste documento é evitar as violações aos direitos humanos e a prevenção da criminalidade, o sistema criado procura aproximar a polícia dos anseios dos cidadãos. Deste modo, a partir de um envolvimento de todos, há a possibilidade de um maior controle de todos sobre as situações cotidianas. Com isto, crescem as perspectivas para a elaboração de políticas específicas e condizentes com os problemas enfrentados por cada comunidade. Assim, conclui-se que a Diretriz Nacional de Polícia Comunitária se apresenta como um importante instrumento para o desenvolvimento democrático da atividade de segurança pública.

Palavras-chave: relatório; CIDH; polícia comunitária; segurança cidadã; políticas de segurança.

POLÍTICAS PÚBLICAS COMO UM INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO EFETIVA DO DIREITO À SAÚDE

PRISCILA BEPLER SANTOS*

RESUMO

A presente pesquisa tem por propósito discorrer sobre o direito à saúde, que tem status de direito fundamental garantido constitucionalmente. Nesse contexto, será realizado um estudo acerca da importância econômica e social da atividade profissional dos médicos, considerando as severas dificuldades enfrentadas na efetivação desse direito fundamental no Brasil. Esse estudo será realizado a partir do grande impacto humanitário e social que uma prestação efetiva do direito à saúde traz a sociedade como um todo e ao desenvolvimento nacional sustentável. Procurando contribuir com esse debate, objetiva-se, em ordem: (i) examinar o sentido, conteúdo e alcance dos direitos fundamentais; (ii) analisar a importância uma prestação efetiva do direito à saúde, no atual contexto jurídico e econômico; (iii) confirmar se é possível sustentar a necessidade-possibilidade de uma efetiva implementação de políticas públicas com vistas à concretização do direito à saúde, de modo a garantir a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Para cumprir esse desiderato, a investigação será focada no direito, porém ainda assim será transdisciplinar e buscará apresentar uma visão integrada, sistêmica e crítico-reflexiva dessa realidade pautada no método bibliográfico; portanto, no exame de artigos e de livros, notadamente jurídicos, médicos e econômicos. Analisa, assim, se é possível sustentar a necessidade-possibilidade de uma efetiva implementação de políticas públicas visando melhorar esse cenário. Para a eficácia do trabalho desenvolvido é apresentado um panorama do direito à saúde no atual contexto jurídico e econômico, destacando sua relevância econômica e social, examinando o sentido, conteúdo e alcance dos direitos fundamentais. Assim foi realizado uma análise em amplo espectro das dificuldades enfrentadas na prestabilidade do direito a saúde, na implementação do sistema único de saúde (SUS), no exercício diário da profissão dos profissionais da saúde, no acesso aos tratamentos, dentre outros. No atual cenário de renovada crise econômica, a análise da importância do direito à saúde merece reexame. Isto é, com o escasseamento dos recursos

* Pós-graduanda na Escola da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre - RS, Brasil), Advogada, E-mail: pribeppler@hotmail.com.

públicos e privados, faz-se necessário examinar se há e quais são as formas alternativas de atuação estatal no sentido de buscar manter a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Tendo em vista que o direito à saúde e o desenvolvimento nacional sustentável possuem uma ampla ligação e que a insuficiência de recursos públicos não pode ser utilizada como escusa para a carência na efetivação desse direito. Conclui-se que é de imensurável importância sustentar a necessidade possibilidade de uma efetiva implementação de políticas públicas visando melhorar o sistema de saúde brasileiro, de modo a dar mais efetividade ao direito a saúde. A necessidade de implementação de políticas públicas, contudo, não afasta a possibilidade de controle pelo judiciário, com a devida razoabilidade e proporcionalidade e respeitando o orçamento público. Assim, a efetiva implementação de políticas públicas se mostra como uma aliada à concretização do direito à saúde, garantindo assim, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Cabendo de modo supletivo, face a inércia do Poder público na implementação de políticas públicas efetivas, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, dar efetividade aos direitos fundamentais.

Palavras-chave: direitos fundamentais; direito à saúde; desenvolvimento nacional sustentável; políticas públicas; inafastabilidade do judiciário.

A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ACERCA DO REFÚGIO E AS DECISÕES REALIZADAS PELO BRASIL

RAFAEL MORENO DE SANTIAGO SANTOS*

RAFAEL MARTINS RIBEIRO FANCHIN**

RESUMO

Os direitos humanos, embora já debatidos há muitos anos, passaram a ser discutidos com maior ênfase após a Segunda Guerra Mundial, em decorrência do conhecimento mundial acerca das atrocidades ocorridas em tal contexto. Com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) o reconhecimento de diversos direitos humanos enfim foi efetivado, ganhando relevância também nas mesas discutidas por organizações regionais, como é o caso da Organização dos Estados Americanos (OEA), no contexto americano. Com o fim da Segunda Guerra Mundial restou evidenciada a necessidade de se discutir sobre os direitos humanos dos migrantes, uma vez que grandes massas se deslocaram durante os intensos conflitos que assolaram a Europa. Além do tema abrangente que é a migração, vê-se cada vez mais necessário afirmar os direitos humanos específicos aos refugiados, tema esse que, inclusive, começou a ganhar força na América Latina em decorrência da crise humanitária que se instaurou na Venezuela. O Direito Internacional dos Refugiados tem por escopo proteger indivíduos e resguardar seus direitos humanos, sejam eles civis, políticos, sociais, etc., de modo que, havendo a violação de tais direitos, muitos desses indivíduos recorrem a uma proteção internacional fora de seus países. Desse modo, o papel do Estado receptor do indivíduo que teve seu direito negado por outro Estado é muito mais abrangente que reconhecê-lo como refugiado, mas lhe garantir acesso aos direitos humanos de seus próprios cidadãos. Assim, o escopo desse trabalho será analisar as Opiniões Consultivas e decisões proferidas pela

* Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Mestrando em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela PUC-PR. Especialista em Relações Internacionais e Diplomacia pelo Centro Universitário Curitiba. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo. Advogado. E-mail: rafael.ctba@hotmail.com.

** Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Mestrando em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela PUC-PR. Especialista em Sistemas Jurídicos Paralegais pela Universidade da Geórgia (EUA). Especializando (MBA) em Gestão Tributária e Contábil pela Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela PUC-PR) e Advogado. E-mail: rafaelfanchin@hotmail.com.

Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito dos refugiados venezuelanos, bem como, verificar se as decisões efetuadas pelo Governo Brasileiro estão sendo adotadas com base na Convenção Americana de Direitos Humanos e em decorrente consonância com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O projeto de pesquisa seguirá método dedutivo com caráter explicativo passando pelas fases de pesquisa exploratória e descritiva.

Palavras-chave: direitos humanos; Direito Internacional dos Direitos Humanos; Direito Internacional dos Refugiados; Convenção Americana de Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

NATUREZA IMPOSITIVA DO ORÇAMENTO PÚBLICO VOLTADO À PROMOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA INTERPRETAÇÃO À LUZ DO ARTIGO 26 DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

RAFAELLA NÁTALY FÁCIO*

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é investigar a natureza jurídica do orçamento público – se impositivo ou autorizativo – no que tange às dotações orçamentárias relacionadas à promoção de direitos fundamentais. O procedimento metodológico consistiu em pesquisa e consulta de bibliografia e de legislação (especialmente: Pacto de San José da Costa Rica, Constituição de 1988 e Lei Complementar nº 101/2000). As principais discussões abordadas ao longo do desenvolvimento do trabalho giram em torno dos seguintes temas: (i) o dever de busca progressiva pela efetividade dos direitos fundamentais (artigo 26 do Pacto de San José da Costa Rica); e (ii) as consequências jurídicas do referido dever no âmbito da execução orçamentária. O artigo 26 do Pacto de San José da Costa Rica determina que devem ser tomadas providências, especialmente econômicas, com a finalidade de garantir progressivamente a plena efetividade de direitos econômicos, sociais e culturais (aqui considerados como equivalentes ao universo compreendido pelo termo “direitos fundamentais”). São duas as tônicas do dispositivo: a menção às providências econômicas, no sentido de que não basta a previsão normativa de direitos sem que haja investimento financeiro para a sua efetivação; e a menção à progressividade, no sentido de que se deve garantir a efetividade de forma perene e crescente. Partindo do pressuposto de que é possível controle de convencionalidade o Poder Executivo por intermédio de interpretação de normas internas conforme tratado internacional, e considerando o conteúdo do dispositivo, questionou-se: a atual concepção sobre a natureza jurídica do orçamento é compatível com a referida norma? A forma de execução do orçamento sempre suscitou inúmeras controvérsias, e uma das principais discussões é sobre a natureza impositiva ou autorizativa do orçamento público. Tanto a doutrina quanto a

* Acadêmica de Direito na Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil) e membra-fundadora da Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo – RIJDA. E-mail: rafaellafacio@gmail.com.

jurisprudência pátria se alinham ao posicionamento de que o orçamento é autorizativo, uma vez que a natureza da lei seria meramente formal e o chefe do Poder Executivo teria discricionariedade para executar o orçamento. À luz do dever de busca progressiva pela efetividade dos direitos fundamentais, especialmente por meios econômicos, a conclusão do trabalho foi a de que as dotações orçamentárias voltadas à promoção de direitos fundamentais são impositivas; desta forma, o âmbito de discricionariedade seria restrito (i) à programação da despesa orçamentária; (ii) eventual remanejamento para outra despesa desde que voltada ao mesmo fim.

Palavras-chave: Pacto de San José da Costa Rica; controle de convencionalidade; direitos fundamentais; orçamento público impositivo; direito financeiro.

PANORAMA ORÇAMENTÁRIO E RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL

RAPHAEL DEMOSTENES CARDOZO*

PAULA TATYANE CARDOZO STEMBERG**

RESUMO

Para o ano de 2019, o orçamento inicial de receitas, mantido até a primeira quinzena do mês de maio, é de R\$ 3.261.331.118.216,00. Quanto as suas despesas, segundo as áreas de atuação do governo, 56,24% são destinadas à previdência social; 9,37% à saúde; 8,47% à assistência social; 7,66% à educação; 7,52% ao trabalho, e; 10,75% às outras despesas. Desde o ano de 2015 o Brasil tem tido baixo crescimento econômico. Além disso, somando-se a EC 95/2016 a falta de políticas econômicas anticíclicas, os gastos com educação têm sido ainda mais contingenciados, chegando em maio deste ano com o anúncio de um corte de 30% destinado à Rede Pública Federal de Ensino Superior; a reforma trabalhista tem produzido precarização da mão de obra; dentre outros. Mas será a indisponibilidade financeira responsável uma justificativa eficiente para esquivar a administração pública do cumprimento/prestação de direitos sociais, ainda que violando a cláusula de vedação ao retrocesso? O artigo busca, por meio de pesquisa bibliográfica, traçar o panorama orçamentário de 2019 e a partir do posicionamento de alguns aspectos centrais da cláusula de reserva do possível, inferir a inconstitucionalidade das medidas estatais que reduzem a prestação da administração pública de direitos sociais. Conclui que na situação de impossibilidade financeira ou econômica, deve necessariamente, o estado, arguir e comprovar que dentro da avaliação de todos os direitos devidos aos cidadãos, a restrição daqueles relativos à educação, à saúde, à seguridade social, por exemplo, resultariam no melhor, mais adequado e mais oportuno para ser restringido em benefício doutros direitos que restariam devidamente ofertados. Assim, a situação de violação de direitos sociais torna-se notória e assustadora, porque em nenhum momento recorre a qualquer métrica juridicamente possível e permissível, tornando o status deste estado de direitos em um completo e inequívoco estado de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: orçamento; indisponibilidade financeira; reserva do possível; vedação ao retrocesso; direitos sociais.

* Mestrando em Educação na Universidade Federal do Paraná (Curitiba - PR, Brasil). Professor. E-mail: raphaeldemostenes@gmail.com.

** Mestranda em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná (Curitiba - PR, Brasil). Advogada. E-mail: paulastemberg@gmail.com.

AS FAKE NEWS E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS: O REALOCAMENTO DOS PROBLEMAS DA SOBERANIA

RENATA NAOMI TRAJAN*

URIEL POZZI SILVA**

RESUMO

A Organização dos Estados Americanos, no ano de 2017, publicou uma declaração em que demonstrava preocupação com a problemática da garantia dos direitos políticos, a luta contra a desinformação, e o combate às *fake news*. Desde então, essa temática tem obtido crescente tamanho e visibilidade no cenário político eleitoral, com destaque às críticas feitas ao Superior Tribunal Eleitoral pela sua tratativa da questão durante as eleições de 2018. É notável que a campanha eleitoral realizada por *fake news* é inconstitucional, por violar diversos preceitos constitucionais, incluindo o princípio da autenticidade eleitoral, decorrente do artigo 1º da Constituição Federal brasileira, o qual estabelece o republicanismo, segundo Eneida Desiree Salgado. Porém, a internacionalidade dos projetos de *fake news*, organizados por empresas como a *Cambridge Analytica*, gera um problema para a tratativa jurídica: o da soberania estatal. De fato, Luigi Ferrajoli sintetizou claramente esse dilema, ao dizer que a globalização tem exigido, por um lado, reformas estruturais que parecem enfraquecer o Estado, tal como a descentralização. Ao mesmo tempo, a globalização econômica também exige Estados cada vez maiores para fazer frente aos desafios de adequação à economia mundial, representado pela formação de blocos econômicos. Ou seja, simultaneamente, menos soberania e mais soberania? Por óbvio, portanto, que a ideia de soberania não se coaduna com as Cartas Internacionais de Direito. Trata-se, segundo o autor italiano, de uma *categoria antijurídica*. Destarte, a soberania, que já se dissolveu em sua dimensão interna com o desenvolvimento do estado constitucional de direito, esvanece-se em sua dimensão externa também na presença de um sistema de normas internacionais de proteção aos direitos humanos. Segundo Melina Girardi Fachin, a concepção contemporânea de direitos humanos tem como marca a internacionalização de proteção da pessoa humana, fenômeno recente

* Universidade Federal Paraná, Curitiba-PR, Brasil. Discente em direito. Retranjan12@hotmail.com.

** Universidade Federal Paraná, Curitiba-PR, Brasil. Discente em direito. Uripozzi@hotmail.com.

que remete ao pós-segunda guerra mundial, marcado por um discurso constitucional renovado, permeado por valores e princípios considerados como componentes basilares dos sistemas jurídicos ocidentais. Assim, sendo as *fake news* um problema tanto local, quanto internacional, torna-se relevante estudar a relação entre estas e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Propõe-se um estudo jurídico-doutrinário da soberania e os direitos políticos, além da análise de jurisprudência internacional sobre o tema.

Palavras-chave: soberania; *fake news*; direitos humanos; direito internacional; eleições.

A RESPONSABILIZAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS

RICARDO BAZZANEZE*

RESUMO

Este artigo aborda a responsabilidade das empresas transnacionais por violação aos direitos humanos. Verifica-se que apenas as normas de soft law, em que pese representarem um avanço na seara de proteção aos direitos humanos contra as práticas empresariais, não são suficientes para arrefecer as constantes violações. Assim, reforça-se o estabelecimento de legislação internacional vinculante para efetivamente prevenir e reparar as violações cometidas aos direitos humanos por Estados coniventes e empresas transnacionais transgressoras. Para isto, a partir do método dedutivo, demonstra-se as deficiências do sistema internacional de proteção e repressão às constantes violações dos direitos humanos, expondo seus avanços e deficiências, bem como quais as possíveis soluções no âmbito do direito internacional que se encontram reverberadas na legislação, doutrina e jurisprudência, como são os casos do princípio da jurisdição universal e da legislação americana ACTA.

Palavras-chave: direitos humanos; empresas transnacionais; responsabilidade internacional; Hard Law; Jurisdição Universal.

* Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Doutorando em Direito pela PUC-PR. Mestre em Direito pela PUCPR. Pós-graduado em Direito Civil e Empresarial pela PUCPR. Pós-graduado em Direito e Processo Tributário pela PUC-PR. Graduado em Direito pela PUC-PR. Advogado. E-mail: ricardo@bazzaneze.adv.br.

LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

RONALD DOMINGUEZ PILLACA*

RESUMEN

En el Perú se han dado avances significativos en el tema de los Derechos Humanos, en especial en los derechos de los pueblos indígenas. El Perú, como país parte de la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados de Derechos Humanos, reconoció la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme a los avances jurisprudenciales de la Corte Interamericana reconoce la obligación del Poder Judicial en realizar un control de convencionalidad, el cual implica que todos los jueces deben ponderar los derechos contenidos en leyes internas con lo determinado por la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que es parte, con la finalidad de otorgar el mayor beneficio y protección a las personas y para que gocen plenamente de sus derechos. Tal ponderación no significa declarar la norma como inconstitucional, sino que, las autoridades en el ámbito de su competencia puedan desaplicar aquellas que ocasionen conflicto, y en su lugar aplicar las que resulten pertinentes, siempre que otorguen mayor beneficio a los derechos de los particulares. El objetivo de este estudio es demostrar que el control de convencionalidad no solo debe ser realizado por los jueces sino también por las autoridades administrativas, que al ser parte del Estado, también emiten y controlan actos que pueden perjudicar gravemente los derechos de las personas sujetas a sus competencias, por lo que conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta importante que estas autoridades administrativas quienes están a cargo del Poder Ejecutivo, ponderen las normas de su competencia y hagan prevalecer el derecho que realmente proteja y sea de mayor beneficio para las personas. La presente investigación se realizó desde un enfoque cualitativo, a través del estudio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente aquellas sentencias en las que la Corte desarrolla el control de convencionalidad.

Palabras clave: derechos humanos; control de convencionalidad; autoridades administrativas; tratados internacionales; Estado.

* Maestrando en Derecho en la Universidad Federal de Mato Grosso (Cuiabá-MT, Brasil). Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. E-mail: rooon.dominguez@gmail.com

O PARECER CONSULTIVO DA CORTE INTERAMERICANA 21/2014: PERSPECTIVAS PARA A GARANTIA DE DIREITOS E UMA POLÍTICA MIGRATÓRIA PARA A CRIANÇA NO BRASIL

TATYANA SCHEILA FRIEDRICH*
TAÍS VELLA CRUZ**

RESUMO

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe que os Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) poderão realizar pedidos de pareceres consultivos à Corte Interamericana de Justiça, sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e instrumentos internacionais, no intuito de obter esclarecimentos e orientações sobre matérias relacionadas à proteção de direitos humanos. Na América Latina e Caribe mais de 25 milhões de pessoas encontram-se em situação migratória com destino a países da América do Norte e Europa e outras 6 milhões de pessoas integram fluxos migratórios em países da região. Nesse contexto, tem se acentuado a presença de crianças e adolescentes, sejam acompanhados de responsáveis ou desacompanhados ou separados, sendo que os Estados ainda têm dificuldades de estimar números de forma precisa. Em razão disso, em 07/07/2011, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai apresentaram pedido de parecer consultivo sobre infância migrante à Corte Interamericana de Justiça, requerendo determinação do Tribunal a respeito das obrigações dos Estados com relação às medidas passíveis de seres adotadas para crianças e adolescentes em condição migratória, formulando nove perguntas específicas, relacionadas aos direitos materiais e processuais aplicáveis, situação de crianças desacompanhadas ou separadas e as medidas, condutas e práticas a serem adotadas pelos Estados para conferir garantia de direitos à crianças e adolescentes. Assim, por meio do método dedutivo de abordagem e amparando-se nas técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, tem-se por objetivo analisar o Parecer Consultivo 21/2014, proferido pela Corte

* Professora na Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Doutora e Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Pós-doutorado na Fordham University, NY (2015). E-mail: tatyanafriedrich@yahoo.com.

** Mestranda em Direitos Humanos e Democracia na Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). E-mail: tais_vella@hotmail.com.

Interamericana de Direitos Humanos, sobre direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional e compreender seus desdobramentos na prática brasileira, quanto às ações adotadas pelas autoridades na identificação e atendimento das demandas de crianças em situação migratória. Pretende-se ainda, analisar eventuais relações entre o Parecer Consultivo OC-21/2014 e a Resolução Conjunta de agosto de 2017 (CONARE, CONANDA, CNIg e DPU), que estabelece procedimentos de identificação, atenção e proteção para criança e adolescente migrantes que estejam desacompanhados no ingresso em território brasileiro. O parecer foi proferido em 2014, mas não ocorreu a utilização imediata pela autoridade brasileira, pois, apesar de expressar a obrigação absoluta dos Estados de elaborar, adotar, implementar e aplicar suas políticas migratórias em benefício da criança, priorizando o enfoque dos direitos humanos, garantindo-lhes proteção dentro de sua jurisdição, mesmo que separada ou desacompanhada, nota-se contradição com tais propósitos quando, por exemplo, a autoridade competente não permite que a a solicitação de refúgio seja feita pela criança que está sozinha. Contudo, considerando que as opiniões consultivas, assim como as decisões da Corte, não devem a eficácia analisada somente em razão de resultados imediatos, pois até mesmo as decisões não cumpridas expressam grau de impacto, servindo como catalisadores para movimentações sociais internas dos países, necessário reconhecer a importância dos preceitos firmados pela OC 21/2014 sobre os direitos da criança migrante, haja vista ocorrência de mudanças importantes no cenário brasileiro em relação à matéria, como a incorporação dos interesses da criança no rol de princípios da Lei de Migração e a própria edição da Resolução Conjunta.

Palavras-chave: parecer consultivo; resolução conjunta; criança; adolescente; migrantes.

DIREITOS HUMANOS E MEGAEVENTOS ESPORTIVOS: PERSPECTIVAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS LGBTI A PARTIR DAS COPAS DO MUNDO DA RÚSSIA 2018 E DO CATAR 2022

VICTOR HUGO STREIT VIEIRA*

JEFERSON TEODOROVICZ**

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo buscar entender a relação entre Direitos Humanos, especialmente os das pessoas LGBTI, e os chamados megaeventos esportivos, focando nas Copas do Mundo FIFA, bem como no papel dessa federação, órgão máximo do futebol internacional, na promoção desses direitos. Buscou-se, primeiramente, entender os direitos LGBTI como direitos humanos, evidenciando, em um panorama geral, a situação de ampla discriminação e violência enfrentada por essa população globalmente. O que se identifica é que, via de regra, pessoas LGBTI sofrem desprezo e desumanização por parte de grupos dominantes. Um dos dados mais alarmante é que a homossexualidade ainda é criminalizada em 68 Estados membros da ONU. Para introduzir a relação dos direitos LGBTI com os megaeventos esportivos, foi necessário abordar o aspecto político e social destes, assim como dos próprios esportes modernos, entendidos como práticas culturais populares definidas por embates políticos e ideológicos. Por sua vez, os megaeventos esportivos são tidos como locais de luta política que evidenciam esses embates, envolvendo especialmente a responsabilidade social na proteção de direitos humanos. Identificou-se, então, o marco paradigmático das Olimpíadas de Sochi, sediadas em 2014 na Rússia, por representar o primeiro megaevento esportivo que levou a atenção internacional para os direitos LGBTI em um

* Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR, Brasil. Graduando em Direito. Bacharel em Artes Cênicas pela Faculdade de Artes do Paraná - UNESPAR. victorhsvieira@hotmail.com.

** Universidade Católica de Brasília – UCB, Brasília-DF, Brasil. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Católica de Brasília - UCB. Professor Substituto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná -UFPR. Professor dos Cursos de Graduação em Direito da Uninter e da Unidombosco. Doutorado em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo; Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná -PUCPR. Especialista em Gestão Contábil e Tributária pela Universidade Federal do Paraná -UFPR. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

país sede. Um dos principais fatores foi a aprovação no país, seis meses antes do evento, da chamada lei “anti-propaganda gay”, que tornou ilegais manifestações públicas a favor dos direitos dos homossexuais. A partir dos estudos de caso da Copa do Mundo de 2018 na Rússia e das preparações para a Copa de 2022 no Catar, ambos países com altos índices de violação de direitos humanos, em especial na seara LGBTI, foram coletados, então, dados a respeito da situação dos direitos LGBTI e da violência perpetrada contra essa população nestes territórios. Buscou-se evidenciar as repercussões jurídicas e midiáticas, de que maneira a FIFA lida com tais questões (incluindo a análise de seu compromisso estatutário com a promoção dos direitos humanos) e quais as perspectivas de promoção desses direitos. A principal proposição norteadora do presente trabalho é a reflexão acerca da possibilidade, ainda aparentemente distante, de responsabilizar um órgão internacional imbuído da organização de megaeventos esportivos, como a FIFA, pela violação de direitos humanos no contexto de suas atividades. O que fazer no que tange às violações de direitos de pessoas LGBTI presentes entre os mais de 1,7 milhões de trabalhadores migrantes, cuja presença no Catar se deve à escolha deste pela FIFA para ser o país sede da Copa do Mundo de 2022? Apesar de não haverem muitas respostas, há perspectivas positivas, como a aplicação de estratégias bem-sucedidas que usam o foco internacional dos megaeventos para chamar a atenção das questões de direitos humanos, assim como as alianças transnacionais da sociedade civil para aprender com experiências passadas, entre outras. Referente à FIFA, as exigências da sua nova política de direitos humanos já foram aplicadas no processo de seleção do país sede da Copa de 2026, apesar das dúvidas a respeito da credibilidade e da efetividade destas medidas.

Palavras-chave: direitos humanos; direitos LGBTI; direito internacional; megaeventos esportivos; Copa do Mundo FIFA.

A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E O DESRESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

VICTORIA APARECIDA CALDATTO KRENISKI*

PÂMELA INGRIDI MACHADO LINO**

RESUMO

Até o fim do século XVIII o parto era tido como um ritual feminino que ocorria no âmbito familiar com o acompanhamento de parteiras; já no século XIX, iniciou-se o processo de tentativa de controle de tal evento biológico por meio da prática obstétrica em que o parto sai da esfera feminina e passa a ser visto como uma prática médica. Durante o século XX ocorre o aceleração do processo de hospitalização dos partos, tal evolução tem como pretexto a regulação e monitoramento do parto com intuito de aumentar a qualidade de assistência às parturientes e melhorar a qualidade da saúde da mãe e do bebê. Em contrapartida ao pretexto, têm-se a realidade, em que muitas mulheres são submetidas a práticas evasivas, medicamentos desnecessários e até mesmo tratamento humilhante durante este momento sensível. Estes “procedimentos” inadequados podem colocar em risco a saúde e a integridade da mãe e do bebê. Tal prática é conhecida como violência obstétrica e tornou vítimas diversas mulheres ao longo da história. Afere-se que no Brasil, segundo pesquisa realizada em 2010 pela Fundação Perseu Abramo em parceria com o Serviço Social do Comércio, uma em cada quatro mulheres são vítimas. Não há convergência quanto ao conceito nem mesmo pela Organização Mundial da Saúde, mas sua prática pode ser definida como a violência pela qual a mulher é submetida em instituições de saúde podendo ser subdividida em: negligente (na qual há a omissão de atendimento), violência psicológica (tratamento vexatório ou simulação para que a vítima seja submetida a cesariana) e violência física (manipulação ou exposição desnecessária do corpo da mulher, bem como uso de práticas não recomendadas que tornam o parto desagradável ou insuportável). Esta prática não viola apenas os direitos fundamentais das mulheres de integridade física, psíquica e moral, mas também torna-se uma ameaça aos direitos de saúde, vida, integridade física, e dignidade a pessoa humana.

* Centro Universitário Unifacear (Araucária-PR, Brasil). Discente da Unifacear. E-mail: victoriacaldattok@gmail.com.

** Centro Universitário Unifacear (Araucária-PR, Brasil). Discente da Unifacear. E-mail: pamelaingridi@gmail.com.

Diversas mulheres, seja pela ignorância ou pela sensação de alívio ao ter seu bebê nos braços acabam não denunciando ou percebendo tal violência. Com a recente decisão do Ministério da Saúde mediante despacho proferido em 03 de maio de 2019 o termo “violência obstétrica” passou a ser vetado, já que segundo os mesmos o termo possui conotação inadequada e afirma que os profissionais não possuem a intenção de prejudicar ou causar dano à parturiente. Tal decisão é equivocada já que o termo está consagrado em documentos científicos e legais. Esta decisão é oposta às políticas atuais da América Latina, na Argentina e Venezuela, onde há expressa previsão legal. Aspira-se contribuir com a discussão do tema a partir da perspectiva jurídica e sociocultural, utilizando-se do método qualitativo de pesquisa sob a semiótica dos procedimentos técnicos, com pesquisa bibliográfica e estudo do projeto de Lei Nº 7.867 de 2017, bem como o exame do tratamento jurídico em relação a este evento, as dificuldades da produção de provas, a punição de tal conduta, e possíveis meios de restringir tal ofensa à integridade física, autonomia e direitos da mulher.

Palavras-chave: violência obstétrica; direitos humanos; violência de gênero; direito à saúde; dignidade da pessoa humana.

NÃO ME REPRIMA: A RELAÇÃO ENTRE A TRANSFOBIA E O CONSUMO BRASILEIRO DA PORNOGRAFIA “SHEMALE”

VINICIUS DE SOUZA DA SILVA*

RESUMO

A sexualidade é um assunto de tensão no mundo todo. Diariamente ouve-se falar de que grupos LGBTQs buscam a criação de políticas públicas de combate à violência e a aplicação dos direitos fundamentais consagrados pela Carta Magna de 1988. De acordo com uma pesquisa realizada pela organização não governamental internacional Transgender Europe (TGEU), entre 2008 e 2016 ocorreram, no Brasil, pelo menos 868 homicídios de pessoas trans. Geralmente, a violência contra os transexuais parte de homens cis, que veem os transgêneros como aberrações que não deveriam estar em sociedade. Entretanto, uma característica que está presente nos homens cis é o alto consumo de pornografia. Com o rápido avanço da tecnologia, ficou mais fácil esconder os rastros dos acessos a conteúdos pornográficos. Outrora, era necessário ir a uma banca de revistas ou a uma videolocadora, mostrar para o atendente qual era o material que estava sendo comprando ou alugando para, só então, consumi-lo. Hoje, basta somente um smartphone com acesso à internet para acessar conteúdo pornográfico. E mais, não é necessário manter o histórico de acesso, basta acessar a guia anônima e ninguém saberá quais sites o indivíduo acessou. Um levantamento realizado por um dos maiores portais de conteúdo adulto da internet, o RedTube, revelou que o Brasil é líder em busca de pornografia com pessoas trans. Estatisticamente falando, há 89% de chances da busca por vídeos envolvendo transexuais partir do Brasil. A incógnita é a razão pela qual o Brasil é reconhecido por ser o país que mais mata transexuais e ao mesmo tempo é a origem dos maiores índices de busca de pornografia trans. A problemática que aqui se propõe estudar é a relação existente entre a transfobia e o consumo de pornografia trans no Brasil. Desta forma, o objetivo do presente comunicado, que faz parte de um projeto em desenvolvimento, é tentar entender a razão pela qual o brasileiro é conhecido como “mata-dor de trans” ao passo que é o maior consumidor do conteúdo pornográfico produzido por

* Graduando em Direito na UNIFACEAR (Curitiba-PR, Brasil). E-mail: viniciusdesouza98@gmail.com.

peças trans. Para tanto, pretende-se, além da utilização de fontes bibliográficas e documentais, realizar um levantamento de dados através de uma pesquisa que poderá ser respondida virtualmente e de forma anônima, com o fim de proteger a imagem de quem a responder, cujo objetivo será apurar, por amostragem, a quantidade de pessoas que aceitam ou repelem pessoas transexuais, bem como as experiências destas pessoas com o pornô trans. Por fim, almeja-se utilizar os resultados do presente estudo para fomentar a implementação de políticas públicas de combate à violência contra transexuais.

Palavras-chave: sexualidade; transexual; violência; proteção; pornografia.

SOBRE OS AUTORES

Alejandro Sanabria Rodelo

Advogado formado pela Universidade Externado de Colômbia. Foi pesquisador da Cátedra Unesco da Universidade Externado de Colômbia. Consultor em Direito Público. E-mail: <sanabria.rodello@gmail.com>.

Álvaro Paúl

Profesor Asociado de la Pontificia Universidad Católica de Chile (Santiago, Chile). Doctor en Derecho por Trinity College Dublin, Master en Derecho (MJur) por la Universidad de Oxford, y Graduado de la Universidad de los Andes (Chile). Ha sido pasante o visitante de estudios en la Corte Interamericana de DD.HH., la Comisión Interamericana de DD.HH. y el Tribunal Europeo de DD.HH. E-mail: alvaro.paul@uc.cl.

Amanda Guimarães da Cunha

Pós-Graduanda em Direito Eleitoral e Membro-pesquisadora do Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos pela Universidade do Vale do Itajaí (Itajaí-SC, Brasil). Pós-Graduada em Ciências Penais. Graduada em Direito.

Ana Claudia Santano

Professora do programa de mestrado e doutorado em direitos fundamentais e democracia, UniBrasil (Curitiba- PR, Brasil). Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas, Universidad de Salamanca, (Salamanca, Espanha). Período pós-doutoral em Direito Público Econômico na PUCPR e em Direito Constitucional, Universidad Externado de Colômbia.

Anelize Pantaleão Puccini Caminha

Doutoranda em Direito Econômico na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogada e Professora no Centro Universitário Dom Bosco (Curitiba-PR, Brasil). E-mail: <anelize@caminhaadvogados.com.br >.

Camila de Azevedo Antunes

Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR (Curitiba- PR, Brasil). Pós-graduanda em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisadora membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano – NUPED, vinculado ao PPGD/PUCPR. Advogada em Curitiba-PR. E-mail: camila.azevedoantunes@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1657-9948>.

Carolina Alexandre Calixto

Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná UFPR (Curitiba- PR, Brasil). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Caroline Müller Bitencourt

Professora do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Estágio Pós-Doutoral em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e Mestra em Direito pela UNISC. Especialista em Direito Público. Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Membro da Rede de Direito Administrativo Social. Presidente do Comitê de Direitos Humanos da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenadora do Grupo de pesquisa Controle Social e Administrativo de Políticas Públicas e Serviço Público, vinculado ao CNPq. Advogada. Chefe do Departamento de Direito da UNISC. E-mail: <carolinemb@unisc.br>.

Cynthia Gruending Juruena

Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (Curitiba-PR, Brasil), com bolsa Capes proex tipo I. Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa Capes prosup tipo II. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED/ PUCPR). Diretora acadêmica do Instituto Política por.de.para mulheres. Secretária-executiva da Revista Direito Econômico e Socioambiental – PUCPR. E-mail: cjuruena@gmail.com

Dailor dos Santos

Professor de Direito Constitucional e de Direito Administrativo da Universidade Feevale (Porto Alegre-RS, Brasil). Doutorando em Direito Público junto à Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Chefe de Gabinete na Justiça Federal (Tribunal Regional Federal da 4ª Região).

Daniel Castanha de Freitas

Professor de Direito Administrativo na FAE Centro Universitário (Curitiba-PR, Brasil). Doutorando e Mestre em Direito pela PUCPR. Pesquisador membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano – NUPED/PUCPR. Advogado. Contato: <advcastanha@gmail.com>.

Daniel Wunder Hachem

Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Pós-Doutorado pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Bolsa CAPES/PDE). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Advogado. E-mail: danielhachem@gmail.com.

Eduardo Iwamoto

Professor da PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Doutorando em Direito Econômico pela PUCPR. E-mail: <eduardo_iwamoto@yahoo.com.br>.

Eloi Pethechust

Professor do Curso de Direito da FAE Centro Universitário (Curitiba-PR). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Advogado. E-mail: pethechust@hotmail.com.

Eneida Desiree Salgado

Professora de Direito Constitucional e Direito Eleitoral da Universidade Federal do Paraná (Curitiba- PR, Brasil). Doutora em Direito pela UFPR. Pesquisadora líder do Núcleo de Investigações Constitucionais.

Erick Kiyoshi Nakamura

Pós-Graduando em Direito Constitucional pela ABDCConst (Curitiba-PR, Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: erick.k.nakamura@gmail.com.

Ester Emanuele Lima

Aluna da graduação do curso de Direito e participante do Programa de Iniciação Científica do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil (Curitiba- PR, Brasil).

Felipe Klein Gussoli

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador Adjunto e Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professor da Especialização em Licitações e Contratos Administrativos da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisador do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR. Advogado em Curitiba-PR. E-mail: <gussoli@hotmail.com>.

Javier García Oliva

Senior Lecturer in Law at The University of Manchester (Manchester, United Kingdom). LLM and PhD (cum laude and European distinction) at the University of Cádiz. Research Fellowship at the Centre for Law and Religion, Cardiff University. Lecturer in Spanish Law, University of Oxford. Teaching Fellow at University College London. Research Associate at the Centre for Law and Religion (Cardiff University), Profesor Visitante del Centro de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, and Visiting Professor at Schulich School of Law, Dalhousie University (Canada). Membership Secretary of the UK Constitutional Law Association and Book Review Editor of 'Law and Justice'. E-mail: javier.oliva@manchester.ac.uk I am indebted to Dr Helen Hall, Senior Lecturer at Nottingham Trent University and my co-author in a wide range of publications, for her insightful and helpful comments on the first draft of this article.

Juan Carlos Covilla Martínez

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, España. Abogado y Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. I.I.L.L.M en Derecho Europeo por la Academia de Derecho Público Europeo. Diplomado en Litigio Arbitral por la Cámara de Comercio de Bogotá y el Ministerio de Justicia. E-mail: juan.covilla@uexternado.edu.co.

Larissa Ramina

Professora de Direito Internacional nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFPR-Universidade Federal do Paraná, Coordenadora de Iniciação Científica e Tecnológica da Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação da UFPR. Pós-Doutora em Direito Internacional pela Université de Paris-Ouest Nanterre La Défense (2016). Doutora em Direito Internacional pela USP, Professora Visitante do Programa de Mestrado “Derechos Humanos, Desarrollo e Interculturalidad” da UPO - Universidade Pablo de Olavide (Espanha). Membro da ABJD – Associação Brasileira de Juristas pela Democracia. E-mail: <raminalarissa@gmail.com>.

Larisse Lemos de Oliveira

Graduanda em Psicologia na Universidade Federal do Paraná - UFPR (Curitiba- PR, Brasil).

Lucas Reis da Silva

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Bacharel em Direito e Bacharel em História pela Universidade Federal de Ouro Preto. Auditor-Fiscal do Trabalho. E-mail: vlucaspaop@ hotmail.com

Lucía Bellocchio

Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica da Argentina – UCA (Buenos Aires, Argentina). Secretária judicial do Ministério Público Fiscal da Cidade Autônoma de Buenos Aires. E-mail: <lucibellocchio@gmail.com>.

Luisa Fernanda García López

Profesora de derecho constitucional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Doctora en Derecho de la Université de Montpellier. Directora de la línea de investigación Confluencias entre derecho público y derecho privado del Grupo de derecho Privado. E-mail: luisa.garcia@urosario.edu.co.

Luiz Alberto Blanchet

Professor titular de Direito Administrativo da PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Doutor em Direito pela UFPR. E-mail: <blanchet@blanchet.adv.br>.

Luiz Guilherme Arcaro Conci

Profesor de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (São Paulo - SP - Brasil), donde coordina el Curso de Postgrado en Derecho Constitucional y es Profesor Permanente en PEPG en Gobernanza Global y Políticas Públicas Internacionales (Stricto Sensu). Profesor Titular de Teoría del Estado en la Facultad de São Bernardo do Campo (São Paulo - SP - Brasil). Doctor y Máster en Derecho (PUC-SP), con estancia de estudios posdoctorales en el Instituto de Derecho Parlamentario de la Universidad Complutense de Madrid (2013-2014). Profesor visitante en las Universidades de Bolonia (2016), Buenos Aires (2011-2014), Medellín (2019) y Messina (2019). Actualmente es Visiting Scholar Chiara Fama en la Universidad de Torino (2021). E-mail: Igaconci@hotmail.com.

Maria Valentina de Moraes

Doutoranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/ CAPES. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES e bolsa CAPES no Processo nº. 88887.156773/2017-00, Edital PGCI nº 02/2015, Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile - CECOCH (Chile). Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos”, vinculado ao CNPq e coordenado pela Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2400734786644430>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8298-5645>. E-mail: <maria-valentina.23@hotmail.com>.

Mônia Clarissa Hennig Leal

Com Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. E-mail: <moniah@unisc.br>.

Natalia Martinuzzi Castilho

Doutoranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), em cotutela com a Université Paris Nanterre (Paris X). Professora e coordenadora do Escritório de Direitos Humanos do Centro Universitário Christus (EDH), colaboradora da Clínica Multidisciplinar de Direitos Humanos da UNICAP e da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná (CDH/UFPR), desde 2016. E-mail: natiimc@gmail.com.

Renan Guedes Sobreira

Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madri, Espanha). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná UFPR (Curitiba-PR, Brasil). Pesquisador da Universidade Federal do Paraná e assessor jurídico - Tribunal de Justiça do Paraná.

Roberta Martinic Cauduro

Graduanda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (Curitiba- PR, Brasil). Bolsista de Iniciação Científica (PIBIC) da PUCPR/Fundação Araucária em 2016/2017 e 2019/2020.

Sarah Cassella

Public Law Professor at Le Mans Université (Paris, France). Co-Director of Themis-UM. PhD in Law from Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. E-mail: sarah.cassella@univ-lemans.fr.

Siddharta Legale

Professor de Direito Constitucional e Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND-UFRJ (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Professor visitante do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Coordenador do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos (NIDH). Pós-doutor e Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional e bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). E-mail: siddhartalegale@hotmail.com

Taysa Schiocchet

Professora Adjunta da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da UFPR (CDH/UFPR). Doutora em Direito, com período de estudos doutorais na Université Paris I e FLACSO (Argentina). Pós-doutorado em Direito na Universidad Autónoma de Madrid (Espanha). Professora visitante da Université Paris X. E-mail: taysa_sc@hotmail.com.

Vivian Cristina Lima López Valle

Professora Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Contratação Pública pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídico - IBEJ. Coordenadora Adjunta do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Coordenadora do Curso de Especialização em Licitações e Contratos da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Diretora Acadêmica do Instituto Paranaense de Direito Administrativo e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro da Comissão de Gestão Pública da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Advogada especializada em Direito Público.

William Iván Gallo Aponte

Pesquisador da Universidade Externado de Colômbia (Bogotá, Colômbia). Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR com bolsa CNPq (Curitiba-PR, Brasil). Pesquisador Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano – NUPED-PUCPR. E-mail: williamg.aponte@gmail.com.

COORDENADORES

DANIEL WUNDER HACHEM

Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal do Paraná. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Membro da Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

LUISA FERNANDA GARCÍA LÓPEZ

Professora da Facultad de Jurisprudencia da Universidad del Rosario (Colômbia). Doutora em Direito Público, Mestre em Direito Público e Mestre em Direito Internacional pela Université de Montpellier (França). Membro da Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

FELIPE KLEIN GUSSOLI

Professor do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro da Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo.

AUTORES

Alejandro Sanabria Rodelo
Álvaro Paúl
Amanda Guimarães da Cunha
Ana Claudia Santano
Anelize Pantaleão Puccini Caminha
Camila de Azevedo Antunes
Carolina Alexandre Calixto
Caroline Müller Bitencourt
Cynthia Gruending Juruena
Dailor dos Santos
Daniel Castanha de Freitas
Daniel Wunder Hachem
Eduardo Iwamoto
Eloi Pethechust
Eneida Desiree Salgado
Erick Kiyoshi Nakamura
Ester Emanuele Lima
Felipe Klein Gussoli
Javier García Oliva
Juan Carlos Covilla Martínez
Larissa Ramina
Larisse Lemos de Oliveira
Lucas Reis da Silva
Lucía Bellocchio
Luisa Fernanda García López
Luiz Alberto Blanchet
Luiz Guilherme Arcaro Conci
Maria Valentina de Moraes
Mônia Clarissa Hennig Leal
Natalia Martinuzzi Castilho
Renan Guedes Sobreira
Roberta Martinic Cauduro
Sarah Cassella
Siddharta Legale
Taysa Schiocchet
Vivian Cristina Lima López Valle
William Iván Gallo Aponte



CONGRESSO INTERNACIONAL **CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SEUS IMPACTOS NA AMÉRICA LATINA**

Resultado de projeto de pesquisa financiado pela Chamada Universal do CNPq e pela CAPES, o presente livro reúne artigos de autores do Brasil, Colômbia, Argentina, Chile, França e Reino Unido, apresentados e debatidos no Congresso Internacional “**Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus impactos na América Latina**”, realizado na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Os capítulos foram organizados em cinco eixos temáticos: (I) Direitos humanos, cortes internacionais e seus impactos na Europa e na América Latina; (II) Corte Interamericana de Direitos Humanos e controle de convencionalidade: impactos no Brasil; (III) Impactos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na conformação constitucional de direitos fundamentais no Brasil; (IV) Artigos vencedores do concurso de artigos jurídicos; (V) Resumos dos comunicados científicos apresentados.

ISBN 978-65-5765-043-1



9 786557 650431

 ithala.com.br