

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO

**SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: UM
MECANISMO REGIONAL SUPLEMENTAR DE PROTEÇÃO
INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Jônatas Eduardo Batista Martins Teixeira

PRESIDENTE PRUDENTE/SP

2011

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO

**SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: UM
MECANISMO REGIONAL SUPLEMENTAR DE PROTEÇÃO
INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Jônatas Eduardo Batista Martins Teixeira

Monografia (ou TC) apresentada como requisito parcial da Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Sérgio Tibiriçá do Amaral.

PRESIDENTE PRUDENTE/SP

2011

**SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: UM
MECANISMO REGIONAL SUPLEMENTAR DE PROTEÇÃO
INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

SERGIO TIBIRIÇÁ DO AMARAL

CLAUDIO JOSÉ DE PALMA SANCHES

MÁRIO COIMBRA

Vendo Jesus as multidões, subiu ao monte, e, como se assentasse, aproximaram-se os seus discípulos; e ele passou a ensiná-los, dizendo: Bem-aventurados os humildes de espírito, porque deles é o reino dos céus. Bem-aventurados os que choram, porque serão consolados. Bem-aventurados os mansos, porque herdarão a terra. Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque serão fartos. Bem-aventurados os misericordiosos, porque alcançarão misericórdia. Bem-aventurados os limpos de coração, porque verão a Deus. Bem-aventurados os pacificadores, porque serão chamados filhos de Deus. Bem-aventurados os perseguidos por causa da justiça, porque deles é o reino dos céus. Bem-aventurados sois quando, por minha causa, vos injuriarem, e vos perseguirem, e, mentindo, disserem todo mal contra vós. Regozijai-vos e exultai, porque é grande o vosso galardão nos céus; pois assim perseguiram aos profetas que viveram antes de vós.

(Mateus 5: 1-12, Bíblia Sagrada)

Ao meu Deus,

Por que Dele e por Ele e para Ele são todas as coisas

Aos meus pais,

Que são verdadeiros exemplos de amor, bravura e fé.

Aos meus irmãos,

Por serem quem são.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus,
Por sua misericórdia e amor;

Aos meus pais, Evanir Martins Teixeira e Eunice Batista Teixeira e aos meus irmãos, Lucas André Batista Martins Teixeira e Jaqueline Batista Martins Teixeira, por acreditarem nos meus sonhos;

Ao professor, orientador, e amigo Sérgio Tibiriçá do Amaral, por ter me ajudado desde o início. Suas orientações, advertências, e sabedoria foram essenciais para o trabalho.

Aos professores bancas, por terem aceitado o convite.

Aos meus amigos da Igreja e da Faculdade, e a todos os que me ajudaram,

Meus agradecimentos!

RESUMO

O presente trabalho objetivou esclarecer a relevância do sistema interamericano de direitos humanos para a salvaguarda dos direitos basais do ser humano, enfocando sua atuação no Brasil. Foram analisados os antecedentes históricos do sistema interamericano, tanto no âmbito global quanto regional, assim como sua evolução no decorrer dos anos. Abordou-se a situação do sistema interamericano no direito internacional, apontando suas características e natureza, assim como também sopesando os princípios de direito internacional que envolvem seu funcionamento e atuação. Analisou-se a situação de alguns países do continente americano frente ao sistema interamericano com intuito de demonstrar as diferenças para com o Brasil e, por sua vez, deixar inequívoco que cada país se encontra num estágio de proteção aos direitos humanos no continente. Ademais, foi realizado um comentário sobre os direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, sendo feita algumas ponderações sobre a influência da Convenção para a alteração das leis internas brasileiras. Posteriormente, foi feita uma análise sobre a organização, funções, competências, natureza, e procedimentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Foram abordados os casos contenciosos da Corte Interamericana em face do Estado brasileiro, dando destaque para o caso mais recente, denominado caso Guerrilha do Araguaia, ou também caso Gomes Lund e outros. Por fim, foi analisado o direito de liberdade de expressão e pensamento esculpido no artigo 13 (treze) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Concluiu-se, ao final, simplifadamente falando, pela necessidade de continua evolução do sistema interamericano e seu aprimoramento para maior proteção aos direitos humanos, bem como pela sacralidade dos direitos por ele protegido, além de ser imprescindível que o Estado brasileiro cumpra integralmente o determinado pela sentença proferida pela Corte Interamericana no caso Gomes Lund e outros. Outrossim, resta claro que o direito de liberdade de expressão está umbilicalmente ligado as sociedades democráticas. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, posto que foram analisados os julgamentos realizados pela Corte Interamericana e os pronunciamentos da Comissão Interamericana. A exposição da pesquisa foi realizada utilizando-se do método dedutivo, pois se iniciou do geral para a busca do particular, além da utilização dos métodos histórico e comparativo, através da pesquisa em documentação indireta e coleta bibliográfica de dados.

Palavras- chave: Sistema Interamericano. Direitos Humanos. Corte Interamericana. Liberdade de Expressão. Guerrilha do Araguaia.

ABSTRACT

This study aimed to clarify the relevance of the inter-American human rights for the protection of the basic human rights, focusing its business in Brazil. The historical background of the inter-American system was analyzed, both globally and regionally, as well as its evolution over the years. Approached the situation of inter-American system in international law, pointing its characteristics and nature, as well as weighing the principles of international law involving their operation and performance. The situation of some countries in the hemisphere opposite the American system in order to demonstrate the differences with Brazil and, in turn, make clear that each country is in a stage of human rights protection on the continent was analyzed. Moreover, there was a commentary on the rights under the American Convention on Human Rights of 1969, known as the Pact of San José, Costa Rica, and made some considerations about the influence of the Convention for the change of the internal laws of Brazil. Subsequently, an analysis was made on the organization, functions, skills, nature and procedures of the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights. Also the contentious cases of the Inter-American Court in the face of the Brazilian state were addressed, with emphasis on the most recent case, known as the Araguaia Guerrilla, or even if George Lund and others. Finally, the right to freedom of expression and thought carved in Article 13 (thirteen) of the American Convention on Human Rights were analyzed. It was concluded at the end, simply speaking, the need for continued evolution of the inter-American system and its improvement to better protect human rights and also the sacredness of the rights protected by it, remains the clear duty of the Brazilian government fully comply with the decision made by the Inter-American Court in the case Gomes Lund and others. Furthermore, it is clear that the right to freedom of expression is intimately linked to democratic societies. It is a literature and case law, since they were analyzed the judgments made by the Inter-American Court and the pronouncements of the Inter. The exposure of the research was carried out using the deductive method, because began the general to search for particular beyond the use of methods historical and comparative through research indirect documentation and collection of bibliographic data.

Keywords: Inter-American System. Human Rights. Court. Freedom of Expression. Araguaia Guerrilla.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 HISTÓRICO.....	12
2.1. Processo de Internacionalização dos Direitos Humanos.....	12
2.2. A Preocupação com os Direitos Humanos no Continente Americano.....	16
2.3. Evolução Histórica do Sistema Interamericano.....	18
3 SISTEMA INTERAMERICANO NO DIREITO INTERNACIONAL.....	23
3.1. Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos.....	23
3.2. A natureza do Sistema Interamericano.....	27
3.3. Os Principais Princípios do Direito Internacional que são Aplicáveis ao Sistema Interamericano	28
3.3.1.Princípio da relativização da soberania estatal	28
3.3.2.Princípio da necessidade do esgotamento dos recursos internos.....	31
3.3.3.Princípio da complementariedade dos órgãos de proteção internacional.....	33
3.3.4.Princípio da proibição do regresso.....	34
3.3.5.Princípio <i>pro homine</i>	35
4 DIREITO COMPARADO.....	37
4.1. A Situação de Alguns Países Americanos no Sistema Interamericano.....	37
4.1.1. Argentina.....	38
4.1.2. Chile.....	39
4.1.3. México.....	40
4.1.4. Estados Unidos da América.....	41
4.1.5. Canadá.....	42
4.1.6. Trinidad e Tobago.....	43

4.1.7. Cuba.....	44
5 DIREITOS HUMANOS PROTEGIDOS PELO SISTEMA INTERAMERICANO...	45
5.1. Os Direitos Humanos e as Normas de Direitos Humanos.....	45
5.2. Direitos Humanos Protegidos pela Convenção Americana.....	53
6 COMISSÃO INTERAMERICANA.....	90
6.1. Organização.....	90
6.2. Funções.....	92
6.3. Competência e Processo.....	96
7 CORTE INTERAMERICANA.....	101
7.1. Organização.....	101
7.2. Funções, Competências e Processo.....	103
7.3. Análise dos Principais Casos Contra o Brasil na Corte Interamericana	110
8 CASO GOMES LUND E OUTROS (GUERRILHA DO ARAGUAIA).....	118
9 LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	128
10 CONCLUSÃO.....	143
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	146
ANEXOS.....	155

1 INTRODUÇÃO

Um dos ramos jurídicos mais em voga atualmente é o de Direitos Humanos, uma vez que o tema é abundantemente rico, estando nele inseridos vários assuntos como o Tribunal Penal Internacional, Tratados Internacionais, Proteção ao Meio Ambiente, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Órgãos Regionais de Proteção aos Direitos Humanos, entre outros.

Quanto aos órgãos regionais de proteção aos direitos humanos, um deles nos é relevante conhecer mais profundamente, principalmente porque sua atuação se dá no Continente Americano. Este órgão é o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que tem como seus principais órgãos a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Seu surgimento é fruto de um processo de internacionalização de direitos humanos, iniciado com a Declaração de 1948, que resultou na criação de um sistema global de proteção aos direitos humanos e posteriormente, na criação de sistemas regionais, tendo ambos a mesma finalidade, qual seja o socorro aos seres humanos violados em seus direitos inerentes.

Esse sistema internacional regional de proteção aos direitos humanos é composto por 25 países, tendo como principal tratado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, assinado em 1969.

O Sistema Interamericano, portanto, é um conjunto de tratados, convenções e outros documentos internacionais em que o tema central é a proteção aos direitos humanos e de órgãos e organismos (administrativos, judicial e consultivo) que asseguram o cumprimento destes documentos internacionais pelos Estados americanos que assumiram o compromisso de obedecê-los.

Esse sistema é suplementar, somente atuando quando o Estado se mantém inerte ou complacente diante de uma afronta aos direitos esculpidos na Convenção Americana.

Neste contexto, a presente pesquisa demonstrou a atuação dos principais órgãos do sistema interamericano, com destaque para a situação do Estado brasileiro perante eles, principalmente perante a Corte Interamericana.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, uma vez que se analisaram os julgamentos realizados pela Corte Interamericana e os pronunciamentos da Comissão Interamericana.

A manifestação da pesquisa foi realizada utilizando-se do método dedutivo, pois se iniciou do geral para a busca do particular, além da utilização dos métodos histórico e comparativo, através da pesquisa em documentação indireta e coleta bibliográfica de dados.

No primeiro capítulo discorreu-se sobre o processo de internacionalização dos direitos humanos e suas consequências no tocante a criação do sistema interamericano; bem como a preocupação com os direitos humanos no continente americano e, por fim, a evolução histórica do sistema interamericano.

Em seguida abordou-se a posição do sistema interamericano no direito internacional, sendo realizada análise sobre as características e natureza jurídica dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos e os principais princípios do direito internacional aplicáveis ao sistema interamericano.

No terceiro capítulo realizou-se uma comparação da situação do Brasil com alguns países do sistema interamericano.

Dissertou-se também acerca dos direitos protegidos pelo Sistema Interamericano, em especial os previstos na Convenção Americana de 1969.

Analisou-se a Comissão e a Corte Interamericana, tendo destaque para sua organização, funções, competências e procedimentos.

Igualmente, abordou-se sobre os casos contenciosos da Corte Interamericana envolvendo o Estado brasileiro, em especial o Caso Guerrilha do Araguaia, também conhecido como Caso Gomes Lund e outros.

Ademais, tratou-se a respeito do direito de liberdade de expressão e pensamento previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

2 HISTÓRICO

2.1. Processo de Internacionalização dos Direitos Humanos

Desde a antiguidade as sociedades têm vivenciado, ainda que de forma lenta, avanços na proteção aos direitos humanos. No entanto, somente no início do século XX que surge um esboço de uma possível união de países para a proteção dos direitos básicos do homem.

Entre os anos 1914 e 1919 aconteceu a Primeira Guerra Mundial, um dos piores eventos da história da humanidade. Tal fato teve como saldo aproximadamente oito milhões de pessoas mortas e um número quase três vezes maior de pessoas inválidas. Os grandes vencedores da guerra (Estados Unidos, França, Itália e Inglaterra) elaboraram regras degradantes para a capitulação da Alemanha. E por tomarem tal atitude, não se pode discordar que, como bem observam ARRUDA e PILETTI (1999, p.341): “Os tratados de paz, na verdade, lançaram a semente de uma nova guerra”.

Como uma medida para tentar restabelecer a paz, foi fundada em 28 de abril de 1919 a Sociedade das Nações (também conhecida como Liga das Nações¹). Na sua Convenção (1920) foram estabelecidas punições morais, econômicas e militares aos Estados que desobedecessem a suas obrigações para a manutenção da paz. A Liga das Nações no início trouxe uma esperança a um mundo abalado pelas desumanidades da Primeira Guerra Mundial. No entanto, apesar dos avanços que trouxe no que diz respeito à relativização da soberania estatal, foi uma esperança frustrada. Sua atuação foi inócua, haja vista não possuir força para impor suas decisões. Em decorrência da fraqueza deste órgão, presenciamos outra atrocidade contra a humanidade: a Segunda Guerra Mundial.

¹ PIOVESAN (2008, p.109- 117) coloca acertadamente a Liga das Nações, juntamente com a criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho) e da propagação do Direito Humanitário como precedentes históricos do processo de internacionalização dos direitos humanos.

A Segunda Guerra Mundial (1939-1945) é marcada por uma série de atrocidades², tendo um saldo de mortos bem superior ao da primeira guerra mundial. Os ideais absurdos de Adolf Hitler levaram a desvalorização do ser humano; o desrespeito à dignidade da pessoa humana. A desigualdade foi legitimada e incentivada. Ciganos, deficientes físicos, negros, judeus, e outras minorias ou grupos foram perseguidos e mortos pelo regime nazifascista.

No pós – segunda guerra mundial o mundo viu-se quase destruído, deixando clara a necessidade de uma união global para que tal fato nunca mais se repetisse. A ação de desrespeito aos direitos humanos gerou uma reação de busca de sua proteção.

Destarte, com o fim da Segunda Guerra Mundial, os paradigmas do direito internacional são alterados, passando este a se preocupar mais com o ser humano em detrimento do Estado. A partir desse momento, compreende-se melhor que a liberdade e a dignidade da pessoa humana é que devem definir a forma de atuar do Estado. Tem-se assim, um grande avanço na relativização da soberania estatal.

As desumanidades da Segunda Guerra Mundial provocaram a necessária mudança de mentalidade na população mundial. Os governos, líderes mundiais, bem como a maioria dos cidadãos tinham a consciência que se nada de concreto fosse feito no plano internacional, a humanidade corria o risco de ser destruída pela mente de homens frios e irracionais. O egoísmo das nações, bem como a soberania quase que absoluta dos Estados se enfraqueceu diante da vontade de harmonia, prosperidade e paz em âmbito mundial. Assim, o mundo estava prestes a presenciar um movimento em busca da internacionalização dos direitos humanos.

Para alcançar tal objetivo e garantir maior proteção aos direitos humanos é criada em 1945, através da Carta das Nações Unidas (ou Carta de São Francisco), a Organização das Nações Unidas (ONU). A concepção das Nações Unidas comprova que a Liga das Nações “[...] não conseguira impedir a Segunda Guerra Mundial. Entretanto, a esperança de que um organismo internacional

² Ver mais em: COLEÇÃO II guerra mundial: 60 anos, 2005, v.2 (p.28 – 49) e v.3 (p. 100 -105); COMPARATO, 2008.p.213,214.

pudesse evitar conflitos pela mediação continuava viva.” (ARRUDA e PILETTI, 1999, p.386).

A criação das Nações Unidas teve intuito de unir todos os países do mundo em busca de harmonia entre os Estados e respeito à dignidade da pessoa humana. Assim, não poderia ser criada para ser um órgão quase que meramente simbólico como fora com a Sociedade das Nações. Conforme ensina COMPARATO (2008, p.214)

[...] enquanto a Sociedade das Nações não passava de um clube de Estados, com liberdade de ingresso e retirada conforme suas conveniências próprias, as Nações Unidas nasceram com a vocação de se tornarem a organização da sociedade política mundial, à qual deveriam pertencer portanto, necessariamente, todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade humana.

A Carta das Nações Unidas é considerada como um dos antecedentes históricos da criação sistema regional americano, uma vez que em seu artigo 52, possibilita a criação de organizações regionais que tenham os mesmos propósitos e princípios da ONU (CIDH. OAS, sem página).

Com o intuito de garantir o disposto na Carta das Nações Unidas no tocante a proteção do ser humano, a Comissão de Direitos Humanos (órgão da ONU) apresentou em junho de 1948 o projeto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo este aprovado em 10 de dezembro do mesmo ano.

A Declaração Universal é considerada como um marco inicial histórico para a internacionalização dos direitos humanos³. A Declaração, conforme COMPARATO (2008, p.226)

[...] retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I.

³ Na lição de PIOVESAN: “A partir da aprovação da Declaração Universal de 1948 e a partir da concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzida, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos.” (GOMES *et al*; e outros, 2000. p.20)

O pensador Norberto Bobbio (2004, p.45-65) considera a Declaração como um fato inovador, uma vez que, pela primeira vez na história, a maioria dos seres humanos e os governos do qual fazem parte, reconheceram e aceitaram como universais um “sistema de princípios fundamentais da conduta humana”. A Declaração, por isso, indubitavelmente, é o marco inicial da internacionalização dos direitos humanos.

Com o mesmo pensamento, Valério Mazzuoli assenta esta época da Pós-Segunda Guerra e da Declaração Universal como um marco divisor do processo de internacionalização dos direitos humanos. “Antes disso, a proteção aos direitos do homem estava, mais ou menos, restrita a apenas algumas legislações internas, como a inglesa de 1684, a americana de 1778 e a francesa de 1789.” (MAZZUOLI, 2002, p 48).

Por tudo isso, a Declaração Universal é considerada o primeiro incentivo com força global para a mudança de pensamento dos chefes de Estado e seus cidadãos a respeito dos direitos humanos e de seu necessário amparo. Após a Declaração Universal o mundo começa a entender que o ser humano tem direitos essenciais e que estes não se limitam aos proclamados por ela. Assim, nela se inspiraram diversos documentos internacionais de âmbito global ou regional para ampliação da proteção dos direitos humanos.

Claro que ainda existem muitos avanços a serem alcançados, uma vez que não há incerteza de que os direitos proclamados na Declaração Universal de 1948, conforme HERKENHOFF (1997, p.15)

[...] ainda não encontram plena aceitação. É flagrante o desrespeito a esses direitos, quer nos países do terceiro Mundo (ou mundo dos pobres, caso se entenda que já não existem 3º mundo, mas apenas 2º), quer na opulência do Primeiro Mundo (ou mundo dos países ricos).

No entanto, é pacífico que a Declaração Universal lançou a semente proclamando que todo “homem tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”. (Art. 28). Seguindo este pensamento, o mundo presenciou um avanço para a harmonia entre os Estados e paz e segurança para seus cidadãos.

Destarte, esse movimento de âmbito global trouxe reflexos em âmbitos regionais, sendo o sistema interamericano um exemplo disso.

O corpo normativo do sistema interamericano iniciou antes da Declaração Universal, como veremos adiante, mas fora influenciado pelo movimento de sua criação. Portanto, os ideais da Declaração Universal e o movimento para a criação de uma justiça em âmbito global contribuíram para a instalação de sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

2.2. A Preocupação com os Direitos Humanos no Continente Americano

No continente americano, conforme o entendimento da ex-presidente da Comissão Interamericana (1989/1990) Gilda Russomano (1992, p.37), tem-se aceito como marco inicial de preocupação com os direitos humanos a constituição do Estado de Virgínia de 1776 e a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, também do mesmo ano.

A Declaração da Virgínia, em seus 16 parágrafos declarou importantes direitos do homem, constituindo-se uma das fontes de outras relevantes declarações, como a Declaração de Direitos do Homem fruto da Revolução Francesa de 1789 e a Declaração Universal de 1948, proclamada pela ONU. No artigo primeiro é proclamada a existência de direitos inerentes ao homem e que, portanto, dele não podem ser retirados. Nesta declaração estão presentes também o direito a liberdade (de adquirir propriedade, de imprensa, a religiosa, entre outras), igualdade, segurança, o princípio fundamental de que todo poder emana e pertence ao povo, separação dos poderes e a periodicidade dos cargos do executivo e legislativo, e ainda o direito a procurar e alcançar a felicidade.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, escrita por Thomas Jefferson e alterada por Benjamin Franklin e Samuel Adams, foi um dos marcos do fim do *Ancien Régime* e o surgimento de um regime político fundamentado na democracia representativa e soberania popular,

denominado República. A sua importância histórica, no dizer de COMPARATO (2008, p.107), reside no fato dela ser

[...] o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano independente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social.

No ano de 1787, onze anos após a Declaração de Independência, é feita a Constituição Federal norte - americana. Esta constituição “[...] definia o Estado como *república federativa presidencialista*, estabelecendo a existência de três poderes independentes: *Executivo, Legislativo e Judiciário*.” (ARRUDA e PILETTI. 1999.p.237). Num primeiro momento houve preocupação somente com a organização e estrutura do Estado, não tratando a Constituição dos direitos e garantias fundamentais, haja vista que prevaleceu o entendimento que estes direitos já estavam de certa forma protegidos nas Constituições estaduais. No entanto, durante a primeira legislação do congresso, em 1789, foi proposta um conjunto de emendas que, após algumas alterações, foram incorporadas a Constituição em 1791. Esse conjunto de dez emendas é conhecido como Bill of Rights, “em vigor até o dia de hoje e conservando intacto seu intuito primordial de servir de obstáculo à ação arbitrária do Estado e do Governo” (RUSSOMANO, 1992, p.37). Com o Bill of Rights foram proclamadas importantes garantias, como a liberdade religiosa, de imprensa e de reunião, bem como o direito de petição, do porte de armas, julgamento rápido e público, direito a não sofrer penas cruéis, entre outros. Cabe ainda destacar a beleza e inteligência do artigo nono que, conforme a tradução dada por COMPARATO (2008, p.127), diz que “A especificação de certos direitos na Constituição não deve ser entendida como uma negação ou depreciação de outros direitos conservados pelo povo”.

Os direitos proclamados nestes documentos se constituíram um avanço para a humanidade e uma mudança na mentalidade de muitos governos. No entanto, como nem todos os líderes de Estado conduziram sua nação com este pensamento, o mundo presenciou muitos anos depois duas guerras mundiais que foram marcadas por total desrespeito à dignidade do ser humano.

No entanto, no pós- guerra, com o intuito de salvaguardar a paz e o respeito aos seres humanos, no âmbito do continente americano surge a OEA (Organização dos Estados Americanos). A mestra Gilda RUSSOMANO (1992, p. 38, 41) enumera três antecedentes históricos da criação da OEA e da Declaração Americana: a VIII Conferencia Internacional Americana realizada em 1938 em Lima (Peru); a Conferencia do México realizada em 1945; e o Tratado Interamericano de Assistência Reciproca (TIAR) realizado em Petrópolis (Rio de Janeiro) em 1947. Destes, destacamos a Conferencia do México, onde os países americanos comprometeram-se com a “aprovação de um tratado internacional que fortalecesse os mecanismos e instrumentos processuais de defesa e promoção dos direitos humanos, em nosso continente.” (RUSSOMANO, 1992, p.41).

Esses ideais se concretizaram em 1948, com a aprovação da Carta da OEA (ou de Bogotá) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (ou de Bogotá), os instrumentos que iniciaram de fato a formação do sistema interamericano de direitos humanos.

2.3. Evolução Histórica do Sistema Interamericano

Após constatar que a preocupação com os direitos humanos no Continente Americano vem desde a constituição do Estado de Virgínia e da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, ambas de 1776, e, que o Sistema Interamericano é fruto de um processo de internacionalização de direitos humanos, tendo como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, cabe analisar a evolução histórica do sistema.

Passados três anos do termino da segunda guerra mundial, o mundo percebeu a necessidade de uma união global para que tal fato nunca mais se repetisse. Assim, em 10 de dezembro de 1948 foi aprovada Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela ONU. Em maio deste mesmo ano e, portanto, antes de aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, foram aprovadas na cidade de Bogotá (Colômbia), durante a IX Conferencia Pan-americana, a Carta da OEA (ou de Bogotá) e a Declaração Americana dos Direitos e

Deveres do Homem (ou de Bogotá). Inicia-se desta forma, o sistema interamericano de direitos humanos.

O Continente Americano é pioneiro no processo de proclamação em âmbito regional de direitos essenciais ao homem, haja vista que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem chega até a preceder a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo o primeiro documento de sua espécie. Entretanto, como bem observam ACCIOLY, SILVA e CASELLA (2008, p.458):

[...] a Declaração interamericana inspirou-se nos trabalhos preparatórios que resultariam na Declaração Universal, com importante modificação: ocupou-se não só dos *direitos* mas também dos *deveres* internacionais do homem.

Assim, como indica o seu próprio nome, a Declaração trata dos direitos essenciais do homem (art. 1º ao art. 28), bem como de seus deveres (art. 29 ao art. 38).

Diferente da Carta da OEA, a Declaração não possuía força obrigatória, sendo considerada como mera recomendação. Nesse sentido, RUSSOMANO (1992, p.21) explica que Declaração Americana

[...] tem o privilégio de haver sido o primeiro texto internacional a tratar dos direitos humanos. Mas a Convenção, dela resultante, só viria a ser aprovada em 22 de novembro de 1969, ou seja, mais de vinte anos após, o que retirou da América o privilégio histórico dessa segunda iniciativa.

Esse privilégio histórico coube a Europa, onde em 4 de janeiro de 1950, foi celebrado em Roma a Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Com o intuito de, de certa maneira, dar obrigatoriedade a Declaração Americana de 1948, o Protocolo de Buenos Aires, de 1967, alterou a Carta da OEA e “de modo indireto, a ela incorporou a Declaração” Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 (RUSSOMANO, 1992, p. 39). Atualmente, a consenso de que os Estados membros da OEA encontram na Declaração Americana uma fonte de obrigações internacionais (são normas que fazem parte do *jus cogens* internacional).

A necessidade de um instrumento que vinculasse os Estados Americanos era visível desde o início, mas somente anos mais tarde vimos progressos neste sentido. O evento marcante para a concreção deste objetivo ocorreu na V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores (Santiago do Chile, 1959), onde numa resolução sobre direitos humanos, comemoraram-se os avanços obtidos com a Declaração Americana e deixaram clara a conveniência de celebração de uma Convenção.⁴ Nesta mesma reunião foi criada através desta resolução a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Em maio de 1960 foi aprovado pelo Conselho da OEA, o primeiro Estatuto da Comissão e, em junho do mesmo ano foram eleitos a título pessoal sete membros para sua composição.

O avanço histórico acentuado na concretização de um sistema regional realmente apto a proteger os direitos humanos desrespeitados pelos Estados americanos deu-se em 22 de novembro de 1969 na cidade de San José da Costa Rica, onde foi subscrita na Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Este tratado internacional, que entrou em vigência a partir de 18 de julho de 1978 quando foi ratificado por onze Estados, foi ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, constituindo-se um dos principais documentos de proteção dos direitos humanos na América Latina⁵.

Na Convenção foi criada a Corte Interamericana para julgar os seus Estados partes quando estes descumprirem os compromissos nela assumidos, o que levou o sistema interamericano, ao longo dos anos, a se tornar um verdadeiro e efetivo instrumento para a promoção dos direitos humanos no Continente Americano⁶. Dos 35 países membros da OEA, até o momento 25 ratificaram a Convenção Americana e 22 aceitaram a competência contenciosa da Corte.

⁴ Ver mais em: RUSSOMANO, 1992, p.40,41.

⁵ A Convenção foi promulgada pelo estado brasileiro através do Decreto n.678, de 6 de novembro de 1992.

⁶ Através do Decreto Legislativo 89, de dezembro de 1998, o Brasil aprovou a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte para casos ocorridos após o seu reconhecimento, conforme o disposto no art.62 da Convenção. Pelo Decreto n.4.463, de 11 de novembro de 2002, foi promulgada essa declaração, reconhecendo-se finalmente, a competência obrigatória da Corte Interamericana.

Com a Convenção Americana tornaram-se “superados os documentos de caráter meramente declaratórios” (RUSSOMANO, 1992, p.41).

A Convenção Americana, apesar de estabelecer que o Estado tenha que tomar as medidas possíveis para salvaguardar os direitos econômicos, sociais e culturais, não faz menção destes direitos. Com o intuito de dar maior proteção a estes direitos foi criada, em 1988, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais, e Culturais (Protocolo de San Salvador).

O reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais como “derechos humanos esenciales del hombre” como diz seu Preâmbulo, ressalta a indivisibilidade dos direitos humanos. A proteção não pode recair somente sobre direitos civis e políticos, mas se exige também a proteção dos econômicos, sociais e culturais, uma vez que se cada direito for individualmente considerado não há verdadeira proteção aos direitos humanos.

A Comissão e a Corte possuem Regulamento e Estatuto.

Em abril de 1980, foi aprovado o Regulamento da Comissão em seu 49º Período de Sessões e que, por sua vez, foi objeto de emendas, respectivamente, em 1985 e 1987 (RUSSOMANO, 1992, p. 44). O atual regulamento foi aprovado em seu 137º período ordinário de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009.

Atualmente há um projeto para alteração do art.11 do regulamento da Comissão Interamericana. (CONSULTA SOBRE PROJETO DE REFORMA DO REGULAMENTO DA CIDH, sem página).

A Assembleia Geral, em seu Nono Período Ordinário de Sessões (La Paz, Bolívia, outubro 1979), aprovou, mediante a resolução nº 447, o novo Estatuto da Comissão.

A Corte possui um Estatuto, aprovado através de uma resolução (nº 447) adotada pela assembleia geral da OEA em seu Novo Período de Sessões em outubro de 1979 celebrado em La Paz (Bolívia). No que diz respeito ao Regulamento, atualmente está em vigência o seu quinto regulamento. O primeiro Regulamento da Corte foi aprovado no seu terceiro Período Ordinário de Sessões celebrado de 30 de junho a 9 de agosto de 1980. O segundo foi aprovado pela Corte

em seu vigésimo terceiro Período Ordinário de Sessões celebrado de 9 a 18 de janeiro de 1991. O terceiro foi aprovado em seu trigésimo quarto Período Ordinário de Sessões, realizado entre 9 a 20 de setembro de 1996. O quarto foi aprovado em seu quadragésimo nono Período Ordinário de Sessões, ocorrido entre 16 a 25 de novembro de 2000. Este regulamento foi reformado em seu sexagésimo primeiro Período Ordinário de Sessões, celebrado entre 20 de novembro a 4 de dezembro de 2003. O regulamento atual foi aprovado em seu octogésimo segundo Período Ordinário de Sessões, celebrado entre 19 a 31 de janeiro de 2009 (REGLAMENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sem página).

3 O SISTEMA INTERAMERICANO NO DIREITO INTERNACIONAL

3.1. Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos

Em decorrência de um processo de internacionalização de direitos humanos, que iniciou com a Declaração de 1948, surgiu o sistema global de proteção aos direitos humanos e posteriormente os sistemas regionais, tendo ambos a finalidade de proteger os direitos inerentes do homem.

Os sistemas regionais não são conflitantes com o global, mas harmônicos e complementares, haja vista que todos esses sistemas (regional e global) possuem o objetivo de defesa dos direitos do homem.⁷ A existência destes sistemas regionais se justifica devido às peculiaridades de cada região do planeta, como língua, cultura, religião, costume, estrutura política dos Estados, entre outras. Ou a questões particulares, como questões dos povos indígenas e negros quilombolas, por exemplo. Além disso, seria muito mais dificultoso em razão da grande extensão e população da Terra, o amparo de todas as violações dos direitos humanos somente pelo sistema global.

Como bem observa PORTELA (2009, p.701):

Os sistemas regionais de proteção internacional dos direitos humanos são esquemas de promoção da dignidade humana que reúnem apenas certos Estados, localizados em determinadas partes no mundo.

O objeto dos sistemas regionais é reforçar a estrutura internacional para a proteção dos direitos humanos por meio da associação entre entes estatais que reúnem maiores afinidades entre si, o que facilitaria o consenso ao redor de interesses comuns e a aplicação das normas que esses mesmos Estados elaboraram, bem como fortaleceria a tutela de valores importantes apenas em algumas regiões do mundo.

⁷ Nesse sentido, TRINDADE (2003, p.223) ensina que: “Os instrumentos internacionais de proteção que operam nos planos tanto global como regional, em suma, se complementam e se reforçam mutuamente, em benefício último dos seres humanos protegidos”.

Dentre os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, destacam-se o Europeu, o Africano e o Americano.⁸

O sistema europeu de proteção aos direitos humanos tem como principal documento a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, adotada em Roma em 04 de novembro de 1950 e em vigor desde 03 de setembro de 1953. A Convenção Europeia tem assim, a honra histórica de ser a primeira Convenção (tendo assim força obrigatória) de um sistema regional de proteção aos direitos humanos.

Como a Convenção ocupou-se mais com os direitos civis e político, foi adotado em 1961, a Carta Social Europeia, em vigor desde 26 de fevereiro de 1965. Esta Carta preocupa-se com os direitos econômicos e sociais.

No transcurso do tempo, diversos Protocolos adicionais à Convenção Europeia foram aprovados com intuito de dar ao sistema europeu maior fortalecimento, agilidade e eficácia.

O Protocolo n. 11, de 1998, é o mais comentado, sendo um marco histórico do sistema europeu de proteção. Dentre as mudanças trazidas pelo protocolo, destaca-se a substituição da Comissão e Corte Europeia de Direitos Humanos, por uma nova Corte Europeia de Direitos Humanos.

Diferentemente do sistema interamericano, o europeu conta com um Comitê de Ministros, um órgão de composição política que a partir do protocolo n.11 tem somente a função de supervisão da execução dos julgamentos da Corte. Sua função decisória foi extinta, revelando o domínio do caráter jurisdicional do atual mecanismo para a efetiva proteção dos direitos inerentes ao homem (TRINDADE, 2003, p. 138 – 147).

A reforma trazida pelo Protocolo n.11 resultou na ampliação do direito a petição individual que já existia desde o Protocolo n.9 de 1990, em vigor em 1994. De acordo com o protocolo n. 9, o acesso direto dos indivíduos a Corte Europeia só era possível quando o caso já tivesse sido analisado pela Comissão e tivesse sido objeto de relatório da mesma (TRINDADE, 2003, p. 131). Presentemente, o indivíduo tem acesso direto a Corte, sem ter que enfrentar nenhum óbice de um

⁸ Ver mais sobre o assunto em: BICUDO, Hélio. Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142003000100014&script=sci_arttext.

órgão preliminar, sendo incontrovertida sua qualidade de sujeito com capacidade jurídica processual internacional (TRINDADE, 2003, p. 131).

A inexistência de uma Comissão Europeia e o direito do indivíduo ter acesso direto a Corte Europeia são as características que mais diferenciam o sistema europeu do sistema interamericano. Muitos doutrinadores entendem que tal fato é uma vantagem do sistema europeu sobre o americano, no entanto, entendemos que se trata somente de uma diferença de modelos adotado conforme a necessidade da região.⁹

A Corte Europeia apresenta um bom número de soluções amistosas, no entanto, por outro lado é muito fraca sua atuação de sua função consultiva.¹⁰ Neste fato, fica visível que, apesar dos avanços do Sistema Europeu de Proteção de Direitos Humanos, ele é passível de dificuldades e defeitos, podendo aprender algo com os outros sistemas regionais, entre eles o Sistema interamericano, principalmente no que tange ao trabalho consultivo que realiza. Todos os órgãos regionais têm suas peculiaridades.

Outro sistema regional de grande importância é o do continente africano, que, em decorrência de elevado número de problemas que possui, como por exemplo, elevados índices pobreza, desemprego e doenças, guerras étnicas, genocídios, alta taxa de criminalidade, Estados totalitários, mal estruturados ou omissos, é palco de grande parte do desrespeito aos direitos humanos no planeta e, portanto, carecedor de um sistema regional bastante ativo na defesa dos direitos humanos.

O Sistema regional de proteção aos direitos humanos do continente africano, entretanto, é o mais recente e o menos desenvolvido. Em 1981 foi aprovada na cidade de Banjul (Gâmbia) a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (também chamada de Carta de Banjul), em vigor a partir de 21 de setembro de 1986.

A Carta Africana não foca somente os direitos civis e políticos, como fazem a Convenção Americana ou Europeia, mas também os direitos econômicos,

⁹ Outra diferença, conforme ensina TRINDADE (2003, p.142, 143) refere-se às medidas provisórias de proteção (art. 63. 2 da Convenção Americana).

¹⁰ A Corte Europeia, conforme menciona TRINDADE (2003, p. 126, 127), até o ano de 2003 ainda não tinha exercido sua função consultiva.

sociais, culturais, bem como os direitos dos povos. Outra diferença para as outras convenções regionais é que na Carta Africana não há cláusula de derrogação.¹¹

Atualmente a o sistema regional africano atua “dentro da estrutura da nova União Africana (antiga Organização de Unidade Africana)” (ACCIOLY, SILVA e CASELLA, 2008, p.461).

Igualmente ocorreu com o sistema interamericano, mais de vinte anos se passaram, desde o início do sistema regional protetivo africano, para que um órgão jurisdicional fosse criado. Durante muito tempo o sistema africano não teve muita efetividade, uma vez que não tinha um órgão jurisdicional para condenar os Estados africanos quando estes violassem direitos por eles assumidos em documentos internacionais. Era somente a Comissão que atuava, através de seus relatórios, no combate as violações aos direitos humanos. Esse problema foi solucionado com o Protocolo Adicional de 1998, em vigor desde 2004, que criou a Corte Africana de Direitos do Homem, proporcionando um grande avanço para o alcance de um sistema realmente forte e protetor dos direitos humanos.

Em comum com o sistema interamericano a corte tem função consultiva (art.3) e contenciosa (art4).¹²

Apesar das enormes dificuldades e do lento progresso, está evidente que, devido aos investimentos da comunidade internacional neste continente nas últimas décadas com o único intuito de ajudar os seus habitantes a usufruírem de alguns de seus direitos inerentes, aliado a mudança de mentalidade de muitos governos que passaram a entender a necessidade de preservar a dignidade humana, a esperança de um futuro de maior proteção aos direitos humanos na África é cada vez mais sólida.

O sistema interamericano, por sua vez, é o que mais nos interessa, uma vez que é o único que pode acionar o Estado brasileiro por suas violações aos direitos humanos por ele reconhecidos. O fundamento do Sistema interamericano é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Há outros documentos que compõe o corpo

¹¹ Ver mais sobre o assunto em: TRINDADE, 2003, p.196 – 205.

¹² Ver mais sobre o assunto: BRANT; PEREIRA; BARROS. O SISTEMA AFRICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/ua_brant_sistema_africano_leonardo_nemer_caldeira_brant.pdf.

normativo do sistema, destacando-se a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948); a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); e o Protocolo Adicional a Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), também conhecido como Protocolo de San Salvador.

Atualmente, dos 35 países do Continente Americano que fazem parte da Organização dos Estados Americanos (OEA), até o momento 25 deles assinaram e ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos. Objetivando dar efetividade aos direitos nela proclamado, o sistema interamericano conta com dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tais órgãos, bem como os direitos protegidos pelo sistema e os avanços que obteve nesta matéria serão vistos oportunamente, *a posteriori*.

Agora, basta compreendermos que tal sistema é um dos principais sistemas regionais de proteção dos direitos humanos (sendo assim objeto de estudo do Direito Internacional) e que o Estado brasileiro está sujeito a sua atuação.

3.2. A Natureza do Sistema Interamericano

Ao estudarmos qualquer instituto ou tema jurídico é importante a compreensão a respeito de sua natureza, haja vista que isso tem reflexo na aprendizagem da utilidade desse tema e suas características.

O Sistema Interamericano, bem como qualquer outro sistema regional de defesa dos direitos humanos possui a natureza jurídica de mecanismo (ou sistema) regional suplementar de promoção e proteção internacional dos direitos humanos. Assim, seria um mecanismo de monitoramento dos compromissos assumidos pelos Estados- membros da OEA na matéria direitos humanos. É um Sistema (ou mecanismo) de proteção internacional, haja vista ser um complexo de órgãos (administrativos, judicial e consultivo) e normas internacionais (Convenção e outros documentos internacionais), cujo intuito é tão somente salvaguardar os

direitos essenciais do homem, assegurando o cumprimento destes documentos internacionais pelos Estados americanos que assumiram o compromisso de obedecê-los. É regional, pois abrange somente determinada área e países de uma mesma região ou continente. É suplementar, uma vez que só atua quando o Estado não cumpre o papel que assumiu em documentos internacionais sobre o qual tenha competência.

A natureza jurídica do Sistema Interamericano traz implicações na maneira que este órgão deve atuar bem como nos princípios e limites a ele impostos.

3.3. Os Principais Princípios do Direito Internacional que são Aplicáveis ao Sistema Interamericano

A palavra princípio remete-nos a ideia de começo, fonte ou início, mas para o estudo acadêmico é considerado como os fundamentos norteadores de determinada disciplina. A Corte e a Comissão Interamericana como órgãos protetores de Direitos Humanos estão sujeitos aos princípios do Direito Internacional relativos ao Direito das Organizações, Estado, Tratados, bem como aos princípios relativos aos Direitos Humanos.

Trataremos aqui somente de alguns dos princípios pertinentes a elucidação da matéria.

3.3.1.Princípio da relativização da soberania estatal

O conceito de soberania estatal passou nos últimos séculos por uma profunda transformação¹³. O fator principal para essas transformações foi o crescente entendimento em âmbito global (que se fortaleceu com a Declaração dos Direitos Humanos em 1948) de que o Estado não está acima do indivíduo, devendo

¹³ Ver mais sobre o assunto em: REIS, 2004; GOMES e MAZZUOLI, 2010. p.21 a 148; DELLA COSTA, 2004.

os direitos intrínsecos do ser humano sempre prevalecer sobre a soberania estatal, pois está deve existir para proteger o homem e não para subjugar-lo.¹⁴

Desse modo, DELLA COSTA (2004,p.300), assevera

Com a aceitação desse controle internacional acontece um fenômeno bastante atual, qual seja, a modificação no conceito de soberania clássica. Já que este conceito clássico previa o exercício da soberania limitado apenas às leis divinas e constitucionais, o que, hodiernamente, não pode mais ser considerado em razão da integração internacional, que implica a limitação da esfera de jurisdição interna de cada Estado, transformando o processo decisório numa opção coletiva, baseada no interesse superior dos Estados.

Em razão da relativização da soberania Estatal para a proteção dos direitos humanos o Estado não pode mais atuar do modo que quiser, se sua atuação ferir tais direitos. Uma vez que for signatário de algum tratado, o Estado deve cumpri-los. Assim, o Brasil, por exemplo, por ter assinado a Convenção Americana e aceitado a jurisdição da Corte Interamericana, tem o dever de cumprir as obrigações que assumiu e em não fazendo isso, tem o dever de acatar as eventuais condenações de âmbito internacional que vier sofrer.¹⁵

Essa jurisdição internacional não visa acabar com a jurisdição interna e nem a soberania Estatal, uma vez que é uma jurisdição subsidiária. A Corte Interamericana, por exemplo, é um órgão de jurisdição complementar. Assim sendo, como leciona DELLA COSTA (2004, p. 299-309),

Esta jurisdição transnacional não substitui o judiciário interno, nem poderia cassar ou alterar uma decisão local. O que ocorre é que, se o Estado for omissivo ou ineficaz, os atos internos dos Estados signatários podem vir a ser objeto de julgamento por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

[...]

Com a criação da Corte os indivíduos dos Estados que aceitam sua jurisdição, “além da proteção constitucional, passaram a ter direitos acionáveis e defensáveis no âmbito internacional”.

¹⁴ Como bem leciona CARVALHO (1998, p. 114): “Para a solução de problemas atinentes à violação de direitos humanos [...] impõe-se aceitar um breve abrandamento da soberania nacional. Com isso, estará o Estado cedendo uma parcela mínima do seu tesouro constitucional (a soberania), o “quantum satis” para aplacar a sede de justiça de criaturas humanas que foram lançadas a um purgatório de negações”.

¹⁵ Ensina JAYME (2005,p.61): “A compatibilização entre direito internacional e direito interno é um fator preponderante na caracterização da especificidade dos tratados internacionais de direitos humanos, por romper, definitivamente, com o princípio da soberania absoluta.”

[...]

Primeiramente, é de competência dos tribunais internos interpretar e aplicar as leis dos países respectivos, exercendo os órgãos internacionais especificadamente a função de supervisão, com base no princípio da jurisdição complementar e subsidiária, nos termos e parâmetros dos mandatos que lhes foram atribuídos pelos tratados e instrumentos de direitos humanos respectivos.

Sendo assim, destaca-se que, apesar da soberania Estatal estar cada vez mais relativizada, ela somente pode assim o ser quando o próprio Estado soberano desejar. Isto, porque do contrário, estaríamos colocando em risco a segurança jurídica internacional. Se o princípio da soberania Estatal encontra mitigação no princípio da prevalência dos direitos humanos, o inverso também é verdade. A prevalência dos direitos humanos não pode, em hipótese alguma, ser pretexto para destruir a soberania estatal, uma vez que isto poderia ser uma desculpa para a realização de outras atrocidades a exemplo do que ocorreu na guerra do Iraque.¹⁶

O jurista Clóvis Beviláqua, em sua obra *A Synthese dos princípios e a contribuição do Brasil* (1939, Tomo I, p. 57) ensina que

É certo que o Estado soberano somente se submete ás regras que a si se impoz, ou porque, entrando para a comunhão internacional, acceitou as normas jurídicas nela vigorantes, ou porque, convencionalmente, as tenha adoptado; mas, não obstante, essas regras são limites impostos á sua soberania, quando repercutem na vida interna ou internacional. É a soberania que permite ao Estado obrigar-se, mas, obrigando-se, elle impõe restrições ao seu poder interno, do que se podem ter exemplos em tratados de qualquer natureza.

Nesse sentido, completando o entendimento, Otfried Nipooold, apud, Clóvis Beviláqua (p. 60) expõe que “A limitação que o Estado se impõe, por

¹⁶ Nesse sentido, SAMPAIO (2010, p. 52) faz severa crítica: “Essa linha argumentativa projeta os direitos humanos não apenas como um imperialismo cultural dos valores ocidentais demoliberais, mas como uma “ideologia política” que se acompanha, como é da tradição ocidental, de interesses econômicos bem definidos (Koskenniemi. 1989:68 *et seq.*). A ideologia (...), termina por legitimar uma nova espécie de militarismo “para fins humanitários”, escondendo o verdadeiro móvel geopolítico e econômico (Chandler. 2002:35,133). As intervenções militares em Kosovo e em Timor Leste, por exemplo, a pretexto de defenderem os direitos humanos, impuseram a abertura dos mercados, confundindo, na prática, o que no discurso se tenta negar: direitos humanos e livre mercado (Anderson. 2002; Treanor. 2002; Mendel. 2004). (...) percebe que as Nações Unidas se tornaram um braço burocrático dos Estados Unidos, o Conselho de Segurança estando tão vinculado ao Departamento de Estado quanto o Fundo Monetário Internacional ao do Tesouro.”

exemplo, na celebração de um tratado, é emanação de sua soberania, e não restrição a ella feita.”

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, assim como os demais órgãos regionais de proteção dos direitos humanos e a Corte Internacional de Justiça, para a atuação de sua jurisdição dependem de aceite expresso por parte dos Estados, sendo a soberania destes respeitada uma vez que o próprio Estado se limitou. Porém, uma vez aceita a jurisdição, os Estados sempre devem a ela se submeter aceitando todas as condenações internacionais.¹⁷

Do exposto, conclui-se que o Sistema Interamericano possui uma jurisdição internacional com poderes de julgar o Estado que aceite sua competência, não podendo desrespeitar a soberania estatal acionando um Estado que expressamente não aceitou sua atuação. Os Estados, apesar de terem compromissos internos e internacionais de respeito aos direitos humanos, não estão impelidos a aceitar a jurisdição de nenhum Tribunal Internacional ou ingerência.

No entanto, um Estado deve sempre procurar tomar todas as medidas para maior proteção dos direitos humanos, ainda que tenha que conceder um pouco de sua soberania, uma vez que pior que uma nação ter na história uma condenação internacional de direitos humanos, é ter manchada sua história pelo desrespeito ao ser humano e rejeição de qualquer órgão para protegê-lo.

3.3.2.Princípio da necessidade do esgotamento dos recursos internos

A regra da necessidade de prévio esgotamento dos recursos internos é plenamente aceita no direito internacional, sendo prevista no art. 46, “a” da Convenção Americana como requisito de admissibilidade para que uma petição ou comunicação seja analisada pela Comissão Interamericana. Este princípio não é aplicado somente ao SIDH e aos demais órgãos regionais (v.g.; Europeu e Africano),

¹⁷ Na obra Direito Supraconstitucional, os doutrinadores Luís Flávio Gomes e Valério Mazzuoli (2010; p.21 a 148) consideram tais sistemas regionais e a Corte Internacional de Justiça como sistemas de proteção internacional relacionado ao período da internacionalização, dependendo assim, de aceite expresso por parte dos Estados para atuarem sua jurisdição. Quanto ao Tribunal Penal Internacional, entendem os mesmos, que este pode acionar um Estado independentemente deste aceitar a jurisdição do Tribunal, constituindo assim um marco para o período da universalização dos direitos humanos. Mas, quanto a este último entendimento há controvérsias.

mas também a órgãos de proteção internacional de âmbito global (v.g.; Corte Internacional de Justiça).

Essa regra revela o caráter suplementar da Corte. De regra, como consequência lógica do princípio da soberania Estatal, deve ser permitido que o Estado tente solucionar o problema internamente através de seus órgãos jurisdicionais e, somente em caso de fracasso estatal na provisão de justiça, o caso deve ser submetido a Corte.

Este princípio não é absoluto, haja vista que a regra do esgotamento dos recursos internos, conforme SILVEIRA (2010, p. 315,317)

[..] deve ser conjugada com a obrigação dos Estados promoverem recursos internos adequados e úteis a garantir a reparação dos danos porventura causados aos indivíduos.[..] caso seja vislumbrada a inadequação desses recursos, o Estado poderá responder duplamente, ou seja, pela violação inicial e por não prover ao indivíduo meio adequado e eficaz de reparar o dano causado.

A própria Convenção estabelece a mitigação deste princípio ao dispor (art. 46,2, alíneas “a”, “b” e “c”) que esta regra não se aplica se:

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

De igual sentido o art.31.2 do Regulamento da Comissão.

Assim, se o Estado não cumprir com o seu papel, a busca pela justiça não se limita a ele, podendo o mesmo ser responsabilizado pela sua inadmissível falha quanto à obrigação de ofertar ao cidadão órgãos para a aplicação de seus direitos de modo justo e rápido.

Entretanto, se o Estado agir dentro da normalidade, prestando sua jurisdição de acordo com os parâmetros internacionalmente assumidos, não há

como o SIDH ser acionado, ainda que o cidadão não tenha em reconhecido em juízo o que postulava.

Cabe lembrar que a exceção de não esgotamento de recursos internos tem um momento propício para ser alegada, sob pena de ser desconsiderada, de existir renúncia tácita por parte do Estado. Como ficou claro no parágrafo 51 da Sentença do caso Nogueira de Carvalho,

(...) a exceção de não esgotamento de recursos internos deve ser suscitada, para que seja oportuna, na etapa de admissibilidade do procedimento perante a Comissão, ou seja, antes de qualquer consideração quanto ao mérito; se não for assim, presume-se que o Estado renuncia tacitamente a dela se valer. (Corte IDH. Caso Nogueira de Carvalho e Outro *Versus* Brasil. Sentença de 28 de Novembro de 2006)

Tal situação ocorreu no caso Gomes Lund e Outros como veremos adiante.

3.3.3.Princípio da complementariedade dos órgãos de proteção internacional

Os Direitos devem primeiramente ser protegidos dentro do âmbito interno e posteriormente, caso haja fracasso por parte do Estado em dar proteção aos direitos do cidadão é que deve entrar em ação a jurisdição internacional. Nota-se que desse princípio, decorrem outros como o mencionado acima, qual seja, o princípio da necessidade de esgotamento dos recursos internos.¹⁸

O SIDH, portanto, não funciona como uma “Quarta” ou “Quinta Instância” ou um sistema superior ao estatal, mas um sistema suplementar de proteção internacional, devendo somente ser acionado quando o Estado descumpra os deveres assumidos nos documentos internacionais (sobre os quais o SIDH tenha competência) relativos ao oferecimento do acesso à justiça e, desde que a parte autora da reclamação tenha cumprido todos os requisitos legais.

¹⁸ Nesse sentido, JAYME (2005, p. 60) explica: “A regra do prévio esgotamento dos recursos de direito interno assegura que o sistema de proteção internacional funcione supletivamente, apenas na hipótese de falharem os meios de proteção internos. Dessa forma, atribui-se responsabilidade direta aos estados para efetivarem as normas de direitos humanos”.

Quando o Estado falha em garantir a proteção necessária aos direitos humanos dos indivíduos de seu território, os órgãos do Sistema Interamericano atuam para corrigir esta falha dando uma palavra final e indiscutível.

A tese de “proibição de quarta instancia” foi alegada como exceção preliminar pelo Estado brasileiro no caso Gomes Lund e Outros, mas foi desconsiderada como veremos posteriormente.

3.3.4.Princípio da proibição de regresso

Um direito declarado e aceito como universal ou inerente ao homem não pode ser dele retirado. Os Estados, ao celebrarem tratados e demais documentos internacionais relativos a direitos humanos não podem retirar ou trazer grandes restrições a direitos por eles já aceitos em outros documentos internacionais. Os direitos humanos só poderiam sofrer alterações no sentido de ampliação do seu alcance e melhorias na proteção do ser humano.

A Convenção Americana revelou este princípio ao dispor no art. 4.4 que “Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido”. Assim sendo, de modo algum, um Estado que deu tamanho avanço em relação à proteção do direito à vida, poderia trazer novamente a pena capital para seu ordenamento jurídico. Este deve sempre avançar em busca de maior garantia aos direitos basais do ser humano.¹⁹

Nenhum dos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos componentes do sistema interamericano violou a princípio da proibição de regresso (também chamado de princípio da vedação do retrocesso). Os direitos

¹⁹ GOMES, na obra COMENTÁRIOS À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (2009, p.35,36), escrita juntamente com MAZZUOLI, esclarece: “A Constituição brasileira atual (de 1988), inclusive por força do princípio da proibição de regresso (ou da vedação do retrocesso), nem remotamente, salvo o caso de guerra declarada, permite a pena de morte ou qualquer pena de caráter perpétuo (art.5.º, XLVII, a e b). Lei ordinária nesse sentido não só violaria o art.4.º, 3,da Convenção Americana, como também a própria Constituição. Aliás, a via da Emenda constitucional estaria vedada pela cláusula pétrea contida no art. 60, § 4.º, IV, da CF. Nem sequer plebiscito poderia ser convocado para questionar tal matéria. Primeiro porque o plebiscito é mais apropriado para discutir forma de governo ou de Estado etc.; em segundo lugar porque não se pode discutir em plebiscito o que está vedado às emendas constitucionais”. Além do mais, o poder constituinte originário, apesar de ser absoluto, não é ilimitado no sentido de se admitir que se crie uma Constituição em afronta aos direitos humanos fundamentais.

expostos na Carta da OEA e na Declaração Americana foram reiterados na Convenção com determinadas mudanças no sentido de avançar na proteção dos direitos intrínsecos do ser humano.

O sistema interamericano sempre aplicou e também seguiu tal princípio, haja vista que pela análise da evolução do seu corpo normativo, é explícito os constantes aditamentos (Protocolos adicionais a Convenção Americana, *v.g.*) e reformas no sentido de avançar na salvaguarda da dignidade do ser humano.

Nesse sentido, PIOVESAN (2008, p.272) ensina que

O sistema interamericano tem revelado, sobretudo, uma dupla vocação: impedir retrocessos e fomentar avanços no regime de proteção dos direitos humanos, sob a inspiração de uma nova ordem centrada no valor da absoluta prevalência da dignidade da pessoa humana.

Na obediência constante a este princípio fundamental, o sistema regional americano transporá as barreiras ainda existentes para a harmonia entre os direitos e deveres do homem e do Estado. Tal obediência se revela na medida em que este usa de todas as suas forças para incentivar nestas duas figuras (homem e Estado) a necessidade de sempre avançar na proteção aos direitos humanos.

3.3.5.Princípio *pro homine*

Este princípio do direito internacional estabelece que, havendo conflito entre uma norma interna e uma de direito internacional ou conflito de normas internacionais (de âmbito global ou de âmbito regional), deve prevalecer a que for mais favorável à proteção dos direitos humanos.²⁰

²⁰CARVALHO (1998, p. 116) ensina que: “Visualizando o princípio ‘*pro hominis*’, dizem Juan Carlos Vega e Marina Adriana Graham que ‘à luz deste princípio deve aplicar-se sempre a mesma norma mais ampla e firmar-se na interpretação extensiva quando se trata de reconhecer ou consagrar um direito, e pelo contrário, à norma e interpretação restrita quando se trata de limitá-lo’”.

O Sistema Interamericano, assim como grande parte do direito internacional e dos tratados de direitos humanos (Convenção Europeia de Direitos Humanos, art.60, v.g.), aceita o princípio do *pro homine*.²¹

No artigo 29 (alíneas *a* e *b*) do Pacto está estabelecido que nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de aceitar que qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, eliminem o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou os restrinja em maior medida do que a nela prevista; bem como no sentido de limitar o gozo e exercício de algum direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados.²²

Conforme o entendimento dos doutrinadores Valério de Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes, a adoção deste princípio ficou demonstrada na resolução do conflito entre uma norma da Convenção Americana (art.7,7 - proibição de prisão civil do depositário infiel) e uma da Constituição Federal (art.5, LXVII), prevalecendo atualmente o entendimento de que a norma da Convenção deve ser aplicada em detrimento da norma constitucional, uma vez que é mais favorável que esta, sendo condizente com o art. 5 § 2º da C.R. (súmula vinculante 25 do STF).²³

²¹ Veja mais sobre a prevalência, ainda que implícita, do princípio *pro homine* nas decisões da Corte Interamericana em: PEREIRA, sem página, Os direitos humanos na Corte Interamericana: o despertar de uma consciência jurídica universal. Esse princípio, como assevera a autora, tem como dois de seus elementos o princípio da boa fé e da interpretação teleológica.

²² Veja mais sobre o tema em: GOMES e MAZZUOLI, 2009, p. 64-69, 186-191.

²³ Ver mais sobre o assunto em: SOUZA e CAVALVANTI, 2010, p.325-346; GOMES, Direito internacional dos direitos humanos: Validade e Operacionalidade do princípio "*pro homine*", sem página; GOMES, *Direito dos Direitos Humanos e a regra interpretativa do "Pro homine*, sem página".

4 DIREITO COMPARADO

4.1. A Situação de Alguns Países Americanos no Sistema Interamericano

Antes de iniciar o estudo sobre a estrutura e ação dos principais órgãos do sistema regional americano de proteção aos direitos humanos no estado brasileiro, cabe analisar sua atuação em outros países do continente americano.

Atualmente, dos 35 países do Continente Americano que participam da Organização dos Estados Americanos (OEA), até o momento 25 deles assinaram e ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos. Entretanto, analisaremos a situação de somente alguns destes, independentemente de terem ratificado a Convenção Americana.

Esta parte da pesquisa, contendo um pequeno esboço da situação de alguns países americanos frente ao Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos, não é destinada à satisfação de mera curiosidade, já que serve para verificar os pontos em que o estado brasileiro está avançado ou atrasado em comparação a estes países no que diz respeito à sua relação com o sistema interamericano, ou melhor, à sua obediência ao dever de respeito ao ser humano.

A análise comparativa serve também para que o cidadão defensor dos direitos humanos compreenda que o reconhecimento destes direitos depende de uma série de fatores como regime de governo, cultura, pensamento religioso entre outros.

Cada Estado americano está em um determinado estágio ou grau de proteção dos direitos humanos, com peculiaridades que lhes são próprias, e enfrentando problemas diferentes e de maneiras dessemelhantes objetivando alcançar a real aplicação ou não das normas da Convenção.

Posto isto, iniciaremos a breve análise da situação de alguns países americanos no sistema interamericano.²⁴

4.1.1.Argentina

O ano de 1984 é um marco para o Estado argentino no que diz respeito ao seu relacionamento com o sistema interamericano de direitos humanos. Neste ano, o Estado argentino assinou a Convenção Americana (02 de fevereiro); a ratificou (14 de agosto); fez o depósito do instrumento de ratificação na Secretaria-Geral da OEA e aceitação da competência obrigatória da Corte (05 de setembro); bem como a aceitação da competência da Comissão conforme o disposto no art.45 da Convenção.

No momento do depósito, conforme possibilita a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a Argentina notificou uma reserva e declarações interpretativas.

A Argentina tem uma boa presença na composição dos membros da Comissão. Já integraram como membros da Comissão Interamericana: Genaro R. Carrió (1972-1976), Elsa Kelly (1986-1989), Oscar Luján Fappiano (1990-1997), Juan Méndez (2000-2003), Víctor E. Abramovich (2006-2009). O mesmo pode ser dito em relação a Corte interamericana, no qual já participaram como juízes Julio A. Barberis (1990-1991), Ricardo Gil Lavedra (2003-2003), e atualmente Leonardo A. Franco (2007-2013).

Até o momento já foram propostos 7 (sete) casos contenciosos contra o Estado Argentino: Caso Maqueda, Caso Garrido y Baigorria, Caso Cantos, Caso Bulacio, Caso Bueno Alves, Caso Kimel, e Caso Bayarri. Desses casos somente o caso Maqueda não resultou em condenação perante a Corte Interamericana.

Quanto às opiniões consultivas, até o momento foram duas. A primeira é a OC- 13/93 de 16 de julho de 1993 e refere-se às atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (arts. 41, 42,44,46,47,50 e 51 da Convenção

²⁴ Ver mais em: OAS. Disponível em: <http://www.oas.org/en/default.asp>.

Americana). A segunda é a OC – 20 de 29 de setembro de 2009 e se refere ao artigo 55 da Convenção Americana.

Nota-se assim, que a Argentina, tal qual o Brasil, é um país que vem experimentando uma evolução no tocante a salvaguarda dos direitos humanos.

4.1.2.Chile

O país tem a honra histórica de fazer parte dos poucos países que assinaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos no ano de sua criação. A assinatura se deu em 22 de novembro de 1969, sendo feita a ratificação em 10 de agosto de 1990, anterior ao Brasil, que a ratificou em 1992. Neste mesmo ano foi realizado o depósito na Secretaria-Geral da OEA do instrumento de ratificação e a aceitação da competência da Corte Interamericana e da Comissão conforme o art. 45 da Convenção (21 de agosto).

Alguns nacionais do Chile já fizeram parte dos seletos membros da Comissão e da Corte Interamericana. Participaram da Comissão Interamericana: Manuel Bianchi Gundián (1960-1976), Claudio Grossman (1994-2001), José Zalaquett Daher (2001-2004) e atualmente a compõe Felipe Gonzáles (1/1/2008-31/12/2011). Na Corte, já figuraram como membros Máximo Pacheco Gómez (1991-2003), Cecilia Medina Quiroga (2004-2009), que ocupou a presidência em 2008, e, atualmente, o chileno Eduardo Vio Grossi (2010-2016) é membro do Tribunal.

Até o momento o Estado chileno respondeu a cinco casos contenciosos, sendo condenado em todas as demandas, que atualmente estão na supervisão do cumprimento da sentença. Os casos contenciosos são estes: Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), Caso Palamara Iribarne, Caso Claude Reyes y otros, Caso Almonacid Arellano y otros.

Desses, não há dúvida de que o caso mais famoso e polêmico é o caso “La Última Tentación de Cristo”, que traz um conflito dos princípios da liberdade de expressão sobre o direito de religião, prevalecendo no caso em tela, a liberdade de expressão, uma vez que, embora o Estado chileno seja confessional católico não

pode proibir um filme contrário ao ensino do catolicismo. Admitir essa hipótese, segundo o entendimento da Corte, não coaduna com um Estado democrático.

Nesse caso, que será mais bem analisado posteriormente, a Corte condenou o Estado chileno pela violação dos arts. 1º, 2º e 12 (liberdade de expressão) da Convenção.

Quanto às opiniões consultivas, até o momento somente uma foi solicitada a Corte Interamericana pelo Chile, a OC-15/97 de 14 de novembro de 1997, tendo como objeto da consulta a redação do art. 51 da Convenção Americana.

4.1.3.México

A adesão do país ocorreu em 02 de março de 1981, e o instrumento de adesão fora depositado na Secretaria-Geral da OEA no dia 24 do mesmo mês e ano. Neste ato foram feitas duas declarações interpretativas (uma referente ao dever de proteger o direito à vida desde a concepção e outra referente a permissão de culto religioso somente em um templo, mas essa foi em removida 2002) e uma reserva referente ao art. 23, paragrafo 2 da Convenção.

Em 16 de dezembro de 1998 o Estado aceitou a competência da Corte Interamericana, não admitindo efeito retroativo.

Participaram como membros da Corte Interamericana Héctor Fix-Zamudio (1985-1997) e Sergio García Ramírez (2004-2009), que foi presente do Tribunal de 2004 a 2007. O primeiro destaca-se, pois foi eleito para servir como juiz na Corte, ocupando dois mandatos de presidente seguidos (1990-1993; 1994-1997).

A Comissão Interamericana já contou com a presença dos mexicanos Gabino Fraga (1960-1979) e César Sepulveda (1980-1985), e atualmente a compõe o mexicano José de Jesús Orozco Henríquez (1/1/2010-31/12/2013).

O México respondeu com sete casos contenciosos, sendo condenado o em todas as demandas, que atualmente estão na supervisão do cumprimento da sentença. Os casos contenciosos são estes: Alfonso Martín del Campo Dodd, Castañeda Gutman, González y otras, Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, Rosendo Cantú y outra, Cabrera García y Montiel Flores . Estão em supervisão de

cumprimento de sentença os Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega e outros, Rosendo Cantú e Castañeda Gutman.

O Estado já solicitou duas opiniões consultivas até o momento, a OC-16 de 1 de outubro de 1999, que tratou sobre o Direito de Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Penal, e, OC – 18 de 17 de setembro de 2003, que tratou sobre a Condição Jurídica e Direitos do Imigrantes sem Documentos.

As medidas provisionais foram nos seguintes assuntos: Alvarado Reyes e outros, Castañeda Gutman, Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez e outros, Digna Ochoa y Plácido e outros, Fernández Ortega e outros, Gallardo Rodríguez, García Uribe e outros, Leonel Rivero e outros, Pilar Noriega e outros, Rosendo Cantú e outra.

4.1.4. Estados Unidos da América

Os Estados Unidos da América, a nação mais populosa e desenvolvida da América, encontra-se numa posição nada interessante sob o ponto de vista de integração para proteção regional dos direitos humanos.

O país assinou a Convenção Americana de 1969 em 01 de junho de 1977, porém ainda não a ratificou. Por consequência lógica, também se encontra entre os Estados americanos que ainda resistem em aceitar a competência jurisdicional da Corte.

Esta atitude americana, entretanto, não impede que eles tenham membros tanto na Corte Interamericana, quanto na Comissão Interamericana. Por participarem da Organização dos Estados Americanos (OEA), podem ter membros nos dois órgãos mais importantes do sistema americano, necessitando somente que um membro do sistema interamericano indique um americano e este seja eleito, o que não normalmente acontece. E esta realidade se dá por que se busca atrair os Estados Unidos para ingressar no sistema interamericano.

Participaram como membros na Comissão Interamericana: Durwood V. Sandifer (1960-1972); Robert F. Woodward (1972-1976); Tom J. Farer (1976-1983);

Bruce McColm (1984-1988); John Reese Stevenson (1988-Mayo 24,1990); Michael Reisman (Ago. 22, 1990-1995); Robert K. Goldman (1996-2003); Paolo G. Carozza (2006-2009); e atualmente ocupa a posição de membro Dinah Sheldon 1/1/2010-31/12/2013).

Quanto a Corte Interamericana o destaque recai sobre Thomas Burgenthal, brilhante jurista e filósofo, que ocupou assento como de no Tribunal de 1979 até 1991, tendo ocupado a presidência entre 1985 a 1987.

Não se pode olvidar que os Estados Unidos colecionam ao longo de sua história grandes conquistas para a proteção dos direitos humanos, no entanto, esse medo de perder sua força global constitui óbice ao comprometimento por sua parte, com importantes instrumentos de proteção dos direitos basais do ser humano tanto em nível global (v.g.: Tribunal Penal Internacional), quanto em nível regional (v.g.: Sistema Interamericano).

Essa atitude não coaduna com o dever que os Estados têm de ampliar a proteção aos seus cidadãos. Como bem ensina Júlio Marino de Carvalho (1998, p. 114)

O Estado moderno, mesmo civilizado, não deve ser dispensado da supervisão internacional, uma vez que tenha ela por finalidade propugnar pelos direitos humanos.

Desse modo, resta clara a necessidade dos Estados Unidos ratificarem a Convenção e aceitarem a competência jurisdicional da Corte, uma vez que somente assim estarão fazendo *jus* ao seu papel de importância tanto na América quanto no mundo.

4.1.5.Canadá

Se os Estados Unidos podem receber críticas por terem assinado a Convenção, mas não terem a ratificado, com mais razão o Canadá que nem assinou o Tratado.

É visível que o país é um exemplo em educação, controle de criminalidade, prisões dignas entre outros direitos. No entanto, isto não é justificativa suficiente para resistir aceitar um sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Se o país já realizou tantos avanços, adentrar ao sistema interamericano deve ser mais um deles. Assim como os Estados Unidos, o Canadá precisa dar esse importante e necessário passo para a consolidação do sistema interamericano.

Uma única chance de existir uma violação dos direitos humanos sem que o Estado Canadense atue de forma adequada para repará-lo já é um motivo razoável para o país adentrar no sistema americano. Isto, porque o interesse que se almeja dar maior proteção é a existência do ser humano de forma digna.

4.1.6. Trinidad e Tobago

O Estado de Trinidad e Tobago é um caso peculiar dentro do Sistema Interamericano, uma vez que assinou e ratificou a Convenção Americana, bem como aceitou a competência obrigatória da Corte Interamericana, mas posteriormente denunciou o tratado e saiu do Sistema Interamericano.

A ratificação da Convenção pelo Estado ocorreu em 3 de abril de 1991 e a aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana foi aceita por Trinidad e Tobago em 28 de maio de 1991. No momento da ratificação foram feitas duas reservas, uma relativa ao art.4§5 e outra ao art. 62 da Convenção, não podendo, dessa forma, o país ser acionado pela Corte por alguma incompatibilidade de sua Constituição com a Convenção ou para anular algum direito ou dever previstos para os cidadãos de Trinidad e Tobago.

O Estado de Trinidad e Tobago denunciou a Convenção em 26 de maio 1998, tendo efeito desde 25 de maio de 1999, nos termos do art.78 da Convenção, conservando, entretanto, obrigação perante a Convenção no que diz respeito às violações da mesma, perpetrada pelo Estado anteriormente a data na qual a denuncia produziu efeito.

A Corte Interamericana já condenou o Estado latino duas vezes, estando, atualmente, supervisionando o cumprimento das sentenças. As

condenações referem-se ao caso Caesar e o caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros. Este último é fruto da aglutinação de três casos (caso Hilaire, caso Constantine, caso Benjamin), que foram apresentados separadamente pela Comissão Interamericana em 25 de maio de 1999, 22 de fevereiro de 2000 e 5 de outubro de 2000, respectivamente. A aglutinação se deu por Resolução da Corte em 30 de novembro de 2001, que a ordenou em razão dos casos envolverem idênticas violações, qual seja, a imposição de penas de morte obrigatória a condenado por homicídio doloso.

Apesar da atual situação do país, este já teve participação de um nacional na Comissão Interamericana, o jurista John S. Donaldson (1994-1997). Na Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos, porém, nunca existiu um nacional de Trinidad e Tobago como membro.

4.1.7.Cuba

O Estado cubano também se encontra em situação peculiar, uma vez que se encontra excluído do sistema interamericano através da Resolução de 1962. Essa exclusão, contudo, cessava seu efeito na Organização dos Estados Americanos (OEA). Em 3 de junho de 2009, os Ministros de Relações Exteriores das Américas adaptaram a Resolução AG/RES.2438 (XXXIX-O/09), que determina que a Resolução de 1962, declarando que a participação do Estado cubano na OEA “será o resultado de um processo de diálogo iniciado na solicitação do Governo de Cuba, e de acordo com as práticas, propósitos e princípios da OEA” (OAS. Sem página).

5 DIREITOS HUMANOS PROTEGIDOS PELO SISTEMA INTERAMERICANO

5.1. Os Direitos Humanos e as Normas de Direitos Humanos

Antes de versar sobre os direitos humanos esculpidos na Convenção, importa definirmos o conceito dos direitos humanos, a hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro e a natureza das normas da Convenção. Ter estas informações nos leva a melhor compreensão da aplicação e implicações dos direitos, obrigações e deveres descritos no Pacto de São José da Costa Rica.

Quando se fala em direitos humanos parte dos doutrinadores de direito internacional mencionam que é possível distingui-los dos direitos fundamentais (MAZZUOLI, 2010, p. 750-753; SAMPAIO, 2010, p. 8- 32; JAYME, 2005, p.1-14). Ambos possuem características comuns como a inerência ao ser humano, historicidade, por exemplo. Se diferenciam, contudo, na medida em que estes últimos são entendidos como direitos fundamentais do ser humano que se encontram positivados na Constituição de um Estado, encontrando proteção em todas as esferas de competência deste. Os direitos humanos, por sua vez, são aqueles que se encontram positivados em tratados, convenções e declarações internacionais sobre direitos humanos, bem como em costumes internacionais. Os direitos fundamentais são, assim, direitos humanos presentes na Constituição. Para nossa pesquisa não vamos nos atentar com muito rigor para tal diferença, entendendo que o importante é compreender que eles, em regra, são harmônicos. Além do mais, muitos outros termos e debates ainda cabem no tocante à terminologia “direitos humanos”, mas o nosso propósito não é discuti-los aqui.

Posto isto, precisamos de uma definição do que são direitos humanos.

Entende-se que os direitos humanos são a parte invisível de todo ser humano, inerente a sua existência, tal qual o ar que respira. Destarte, onde nasce um ser humano, nasce uma pessoa portadora de direitos que precisam ser efetivados. Os direitos humanos são, portanto, direitos que precisam ser

reconhecidos, tutelados e promovidos pelos Estados, bem como por todos os cidadãos e pessoas jurídicas, para que se garanta a dignidade humana.

Para enriquecer o nosso estudo, não podemos nos esquecer da definição dada pelo professor HERKENHOFF (1994 p.30-31), que entende que os direitos humanos

[...] são, modernamente entendidos como aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ele é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir.

No mesmo sentido, CARVALHO (1998, p.47) ensina que:

Dizem-se humanos os direitos de que o indivíduo é titular só pela razão básica de pertencer ao gênero humano. Esses direitos referem-se a faculdades naturais, inatas, inalienáveis e imprescritíveis, considerando o ser humano indiscriminável, sob qualquer consideração. Esses direitos são imprescindíveis à sua segurança pessoal servindo ao seu sadio desenvolvimento no meio social que vive.

Outra excelente definição é a apresentada por VERGÉS (1997, p. 16):

Formulamos la definición en los siguientes términos: Aquellas exigencias que brotan de la propia condición natural de la persona humana, y que, por ende, reclaman su reconocimiento, su respeto e incluso su tutela y promoción por parte de todos; pero especialmente de quienes estén constituidos en autoridad.

Esses direitos passaram e ainda passam por uma afirmação histórica, sendo-lhes atribuídas algumas características, dentre as quais, como destaca WEIS (2006, p.109-122), o da inerência, universalidade, indivisibilidade, interdependência, e transnacionalidade.

A característica da inerência lhe é atribuída por que basta ser humano para tê-los e exercê-los. Diz-se universal, pois pertencem a todos os seres humanos não se admitindo qualquer forma de distinção ou tratamento diferenciado para alguma classe. A indivisibilidade revela-se pelo fato que deve existir o respeito a

todos os direitos, sejam civis e políticos, econômicos sociais e culturais, uma vez que se cada direito for individualmente considerado não há verdadeira consideração aos direitos humanos. É caracterizado pela interdependência haja vista que para que um direito concretize seu fim, que é o de proporcionar ao homem o seu usufruto, é necessário que outros ou todos os demais direitos humanos sejam também concretizados e respeitados. Por fim, fala-se que os direitos humanos são transnacionais, na medida em que eles precisam ser respeitados por todos os Estados, independente da nacionalidade ou cidadania do cidadão que nele se encontra.

Há ainda outras características citadas pela doutrina como a historicidade, inexauribilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade.

Apesar de não ser o foco do nosso estudo, cabe tratarmos um pouco sobre a fundamentação dos direitos humanos. Este tema é muito rico, posto que existam muitas teorias a seu respeito, como por exemplo, as subjetivistas (v.g. neoliberais, moral, emotivo-pragmáticas), as transubjetivistas (v.g. historicista, teoria dos jogos objetivismo axiológico), ou as intersubjetivistas (v.g. intersubjetividade existencial), entre outras (SAMPAIO, 2010, p.55- 131; VERGÉS, 1997, p.20-45; PORTELA, 2009, p.620-621).

De todas as teorias existentes, a mais respeitada é a jusnaturalista, que compreende os direitos humanos como os direitos inerentes ao homem e que, por isso, precisam ser respeitados.

Diferentemente da teoria positivista que exige a positivação do direito pelo Estado, para que este (o direito) seja reconhecido como tal, no jusnaturalismo, a positivação, bem como a promoção de um direito humano fundamental, são necessárias para a efetiva proteção deste direito, mas não para reconhecimento de sua existência. Conforme ensina PORTELA (2009, p.620), “a positivação pode melhor servir aos propósitos de assegurar a proteção da dignidade humana”.

Antes de se adentrar ao estudo dos direitos protegidos na Convenção Americana, há a necessidade de que seja feita análise da hierarquia jurídica das normas do mesmo, assim como da natureza das normas que manifestam os direitos humanos.

Segundo doutrina internacionalista (REZEK, 2011, p. 131-133, MAZZUOLI, 2010, p.334-350,762-792), uma vez que o parágrafo segundo do artigo 5.º da Constituição Cidadã prevê que os direitos e garantias nelas expressos “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”, as normas da Convenção, por se tratarem de normas de direitos humanos fundamentais possuem *status* de normal constitucional, assim como os direitos humanos esculpidos no artigo 5.º e em alguns outros na Carta Magna, com característica de cláusula pétrea (art. 60, § 4.º, IV da CF/88) e aplicação imediata (art. 5.º, § 1.º da CF/88).

Essa interpretação ainda não é aceita pelo Supremo Tribunal Federal, embora seja a mais adequada ao fundamento estatal da dignidade da pessoa humana (art.1.º, III, CF/88) e ao princípio da prevalência dos direitos humanos, um dos princípios pelo qual o Brasil rege suas relações internacionais (art. 4.º, II, CF/88).

Até a emenda n. 45 de 2004 a discussão era se os tratados de direitos humanos teriam valor constitucional (integravam o bloco da constitucionalidade) ou valor de norma infraconstitucional, sendo que prevalecia, principalmente entre os constitucionalistas, o entendimento de que teriam valor de norma infraconstitucional (MORAES, 2007, p. 312-320).

Buscando solucionar o tema, o Congresso Nacional, através da emenda nº45 de 2004, acrescentou à Constituição Federal o parágrafo terceiro, que dispõe 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 (quórum exigido para a aprovação de uma emenda constitucional), serão equivalentes às emendas constitucionais.

No entanto, mesmo com esta alteração, ainda permanecia a discordância, pois afirmavam os constitucionalistas que qualquer tratado anterior a emenda possuía valor de lei ordinária, sendo que os aprovados pelo quórum especial de emenda, não poderiam contrariar os princípios constitucionais, tendo sua eficácia com a promulgação pelo presidente da república (MORAES, 2007, p. 312-320). Surgia, assim, mais uma discussão, desta vez sobre o valor que teriam os tratados de direitos humanos não aprovados por esse quórum qualificado, em

especial os tratados anteriores a essa emenda, contando-se neste contexto a Convenção Americana.

O Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre o assunto, entendendo o atualmente que os tratados internacionais podem ter valor: a) de lei ordinária, b) supralegal, c) constitucional. Se o tratado não for relativo a direitos humanos (de direito comercial, por exemplo), ele entrará no ordenamento jurídico pátrio tendo valor de lei ordinária, desde que, é claro, seja aprovado por decreto legislativo no Congresso Nacional, e promulgado por decreto presidencial. Tratando-se de tratado que verse sobre direitos humanos, duas são as possibilidades segundo o Supremo Tribunal Federal.

O marco desse entendimento é o julgamento do recurso extraordinário 466.343-SP, de 03 de dezembro de 2008, onde finalmente foi abolida a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. Neste julgado ficou estabelecido que os tratados internacionais aprovados pelo rito de aprovação de uma lei ordinária, são supralegais, isto é, possuem valor acima das leis internas infraconstitucionais, porém, abaixo das normas da Constituição Federal brasileira. As normas da Convenção Americana, portanto, segundo o Supremo Tribunal Federal possuem valor supralegal, tendo como resultado a revogação de todo dispositivo infraconstitucional que contra ela se opor. Este foi o caso da previsão por dividas do depositário infiel, prevista no art. 652 do Código Civil.²⁵

Quando, porém, o tratado versar sobre direitos humanos e, conforme o disposto no art. 5.º, §3.º da Constituição Federal, for aprovado, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (quórum exigido para a aprovação de uma emenda constitucional), serão equivalentes às emendas constitucionais. Até o momento somente um tratado foi aprovado por esse quórum, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, ambos assinados pelo Estado brasileiro

²⁵ EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165). Veja mais jurisprudência em anexo I.

em 30 de março de 2007. Um exemplo desse entendimento se encontra no seguinte julgado:

EMENTA: HABEAS CORPUS. SALVO-CONDUTO. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. DÍVIDA DE CARÁTER NÃO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do "responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia" (inciso LXVII do art. 5º da CF/88). Precedentes: HCs 87.585 e 92.566, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 2. A norma que se extrai do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal é de eficácia restringível. Pelo que as duas exceções nela contidas podem ser aportadas por lei, quebrando, assim, a força protetora da proibição, como regra geral, da prisão civil por dívida. 3. O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil - Decreto 678 de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do artigo 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional -- à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º --, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. 4. No caso, o paciente corre o risco de ver contra si expedido mandado prisional por se encontrar na situação de infiel depositário judicial. 5. Ordem concedida. (HC 94013, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-02 PP-00267 RT v. 98, n. 885, 2009, p. 155-159 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 390-396). ("grifo nosso")

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, contudo, como já dito, não é aceito pela doutrina internacionalista, para o qual todos os tratados referentes a direitos humanos possuem valor de norma constitucional. O doutrinador REZEK (2011, p. 133), assevera, de modo acertado, que a ausência de ressalvas no parágrafo terceiro relativas aos tratados sobre direito humanos aprovados por quórum simples, revela que estes foram elevados a nível constitucional. E explica o mesmo doutrinador (2011, p. 133) que equação jurídica de mesma natureza foi aplicada no Código Tributário, que embora tenha sido promulgado como lei ordinária, encontra-se elevado a patamar de lei complementar a partir do instante em que a Constituição anunciou que as normas gerais de direito tributário "deveriam estar expressas em diploma dessa estatura". Esse posicionamento coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana (art.1.º, III, CF/88) e ao princípio da prevalência dos direitos humanos, um dos princípios pelo qual o Brasil rege suas relações internacionais (art. 4.º, II, CF/88), como já fora dito.

Já o doutrinador MAZZUOLI (2010, p.334-350,762-792), em opinião pouco aceita ainda na doutrina, expressa que há uma divisão no valor dos tratados internacionais sobre direito humanos, tendo todos eles nível materialmente constitucional (status de norma constitucional) em razão do §2º do art.5º, e tendo o quórum previsto no § 3 do art.5.º a única utilidade de lhes dar eficácia formal constitucional (equivalentes às emendas constitucionais). No caso de aprovação conforme o § 3 do art.5.º, o tratado passaria a reformar a Constituição, não podendo ser denunciado, nem mesmo com Projeto de Denúncia feito pelo Congresso Nacional, além de servirem como paradigmas para o controle concentrado de convencionalidade, bem como o difuso. Ainda no pensamento do doutrinador, os tratados que possuem status de norma constitucional, ou seja, aqueles que não foram aprovados de acordo com o § 3 do art.5.º, como a Convenção Americana sobre direitos humanos, são paradigma somente do controle difuso de convencionalidade. Os tratados internacionais comuns que para o STF tem valor de lei infraconstitucional, segundo MAZZUOLI, possuem valor supralegal, podendo servir de paradigma para controle de supralegalidade. Entretanto, seguindo o entendimento do STF, poderia se admitir no máximo em Controle de Convencionalidade no caso de aprovação de tratado de direitos humanos pelo rito do § 3 do art.5.º, da Constituição Federal, ou seja, somente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência poderia ser fundamento para esse ação. Os demais tratados de direitos humanos, nesse caso, poderiam ser paradigma para o controle de supralegalidade.

Essa classificação dada pelo Supremo Tribunal Federal, contudo, conforme entendimento de GOMES e MAZZUOLI (2009, p. 64-69, 186-191), a qual desta vez nos parece acertado, não afeta em nada a aplicação da Convenção Americana, uma vez que, por se tratar de tratado sobre direitos humanos fundamentais, quando houver algum conflito, seja com outros tratados internacionais de direitos humanos, ou com normas de direito interno, seja constitucional ou infraconstitucional, a solução sobre qual norma deve ser aplicada se dará pelo emprego do princípio *pro homine*, e não pelos meios convencionais (o hierárquico, o da especialidade, e o cronológico), prevalecendo, dessa forma, a norma que for mais benéfica à proteção do ser humano.

Quanto à natureza das normas da Convenção Americana no direito internacional, não se pode deixar de mencionar o estudo dos professores GOMES e MAZZUOLI (2010, p. 149 a 153), exposto na recente obra *Direito Supraconstitucional*, que expõe que as normas ou tratados de direitos humanos podem ser “centrífugas” ou “centrípetas”. Ressaltamos que esta classificação e entendimento não encontram plena aceitação no direito internacional, mas merece ser tratada, em razão de se enquadrar no objeto do nosso estudo.

Conforme o pensamento dos autores supracitados (2010, p. 149 a 153), as normas centrífugas imperam nas “relações jurídicas dos Estados ou indivíduos com a justiça global”, sendo chamadas centrífugas por serem normas ou “tratados que *saem (ou fogem) do centro*, ou seja, da jurisdição comum, normal ou ordinária”. Um exemplo destes tratados é o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional (um órgão jurisdicional global). As centrípetas, por sua vez, são as normas (ou tratados) que conduzem as relações do Estado ou indivíduo no âmbito interno ou regional. A Convenção Americana possui esta natureza, uma vez que tem competência no Continente Americano, ou seja, em plano interno.

As implicações dessa diferença estão no valor que a norma internacional pode ter. No entendimento dos autores acima mencionados (2010, p. 149 a 153), os tratados centrífugos sempre terão valor supraconstitucional. Já as normas centrípetas (como as da Convenção Americana) possuem valor no mínimo supralegal (STF), mas conforme já expresso, para os mesmos autores, possuem valor de *status* constitucional. Entretanto, como já dito, quando tais tratados forem mais favoráveis que as normas (legais ou constitucionais) de algum Estado, devem prevalecer em razão do princípio do *pro homine* (v.g.; proibição de prisão civil do depositário infiel). Possuem neste caso valor supraconstitucional por equiparação.²⁶

²⁶ A tese da supraconstitucionalidade surgiu na França, sendo, porém, ainda inaceitável por boa parte da doutrina, principalmente a constitucionalista, que alega que sua realidade não se sustenta “aos olhos do poder positivo”, como leciona Jean- Jacques Israel (2005, p.47), que contrariamente a tese da supraconstitucionalidade diz que “não há hierarquia formal entre regras constitucionalmente reconhecidas, da mesma forma que não pode existir, no direito positivo, regras supraconstitucionais. Se não há regras que o constituinte deve respeitar – o direito natural estando integrado ao direito positivo-, permanece, entretanto, o direito de resistência à opressão, que pode resultar na queda do regime para sancionar a violação das liberdades”.

5.2. Direitos Humanos Protegidos pela Convenção Americana

O Sistema Interamericano é composto por vários instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, tendo assim, competência para proteger não só os direitos descritos na Convenção Americana, que é o principal tratado do Sistema, mas também os descritos em outros documentos internacionais de amparo aos direitos humanos.

Dentre os tratados que compõe o SIDH se destacam: a) Carta da OEA (1948); b) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); c) Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) (1969); d) Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais, e Culturais (Protocolo de San Salvador) (1988); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985); Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à abolição da pena de Morte (1990); Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará) (1994); Convenção Interamericana para Eliminar todas as formas de discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

Os quatro primeiros são comumente aceitos pela doutrina como os principais instrumentos de proteção ao ser humano no continente americano. Para está pesquisa vamos nos ater mais aos direitos proclamados na Convenção Americana, o principal documento do Sistema Interamericano.

A Convenção constituiu-se um marco histórico para fortalecimento do sistema interamericano. Ao trazer em seu texto a criação da Corte Interamericana, elevou o sistema interamericano a uma posição de respeito internacional. Com o tempo, a Corte se fortaleceu e o sistema regional americano passou a ser apto a não somente constranger (através de relatórios v.g.,) os Estados americanos violadores do compromisso de respeito aos direitos básicos do ser humano, como também a acioná-los e responsabilizá-los internacionalmente.

Na Convenção Americana se encontram presentes direitos e princípios esculpidos na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e em outros documentos internacionais protetivos da humanidade anteriores a sua criação. Estes lhe serviram de auxílio para o aprimoramento da proteção da região americana. Constatase, dessa forma, a obediência do princípio da vedação do retrocesso e do dever para com o progresso da proteção aos direitos humanos.

A pesquisa, a partir desta parte e dentro deste capítulo, esposará uma breve análise dos direitos e deveres esculpidos na Convenção Americana, bem como sua relação com o ordenamento jurídico brasileiro, tratando inclusive de algumas mudanças resultantes das normas da Convenção.

No art. 1º os Estados-parte da Convenção assumem o compromisso de “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”. Assim, os Estados comprometem-se com a isonomia na proteção destes direitos, uma vez que são direitos positivados por que se reconhece sua inerência ao homem. Devem, portanto, ser assegurado a todos, independente de “raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”. Diz ainda o artigo 1º que pessoa é todo ser humano, devendo, independentemente da situação que se encontre, ser respeitado pelo simples fato de ser o que é.

CARVALHO (1998, p.39) ensina:

[...] se nos tempos atuais não se admite a existência de um homem despido de direitos fundamentais, não será nenhum exagero asseverar que esses direitos estão de tal forma inseridos na personalidade do indivíduo, que o não reconhecimento deles acarretaria a descaracterização da sua homilidade. O homem é um feixe de direitos intrínsecos e, só assim considerado, é ele componente de uma espécie animal, que, por sua virtualidade pensante, retém em si uma supremacia incontestável em face dos demais seres da natureza.

O artigo 2º apresenta íntima ligação com o primeiro, uma vez que dispõe que caso algum Estado ainda não tenha assegurado os direitos e liberdade

do ser humano nele proclamados, seja através do seu ordenamento jurídico ou outro meio, deve fazê-lo para tornar efetivos tais direitos e liberdades. O Estado tem o dever de adequar sua legislação interna ao que dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos.

O tratado em questão deve ser aceito nas Constituições e leis infraconstitucionais de todos os seus Estados-partes. Os direitos que ele proclama são os humanos e, portanto, a adequação do direito interno é questão de justiça e prova de que o Estado é Democrático de Direito e que cumpre os compromissos que assume perante seus cidadãos, bem como o mundo. Conforme ensina VERGÉS (1997, p.19): “La presencia de los derechos humanos en las leyes fundamentales de las naciones es considerada hoy como uma de las piezas fundamentales de la democracia contemporânea”.

Os direitos e deveres estão estabelecidos na Convenção Americana do art. 3º ao art. 32 (do Capítulo II ao V). No Capítulo II (art.3º ao art.25) são abordados os Direitos Civis e Políticos.

O artigo 3º estabelece que todo ser humano possui o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica.²⁷ Veja que o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica é direito de toda pessoa, não podendo existir, desse modo, nenhuma condição para sua aquisição. Desde o nascimento, e até mesmo antes da concepção, o ser humano já adquire o direito de contrair direitos e obrigações que, caso não seja reconhecido pelo Estado-parte da Convenção, pode resultar em uma condenação internacional.

O art. 4º trata do direito à vida, um direito essencial para se exercer outros direitos, como por exemplo, direito a liberdade, igualdade, acesso à justiça, entre outros.²⁸

A proteção do direito à vida, para que seja efetiva, não deve ser somente para a pessoa que já nasceu, mas deve alcançar também o ser humano

²⁷ GOMES e MAZZUOLI (2009, p.32) esclarecem: “Não se assegura, na disposição, o *direito* à personalidade jurídica, mas sim o direito ao seu *reconhecimento*, uma vez que aquela (a “personalidade”) preexiste ao ato de quem reconhece. Não obstante o nascituro não ter ainda existência autônoma, pode lei atribuir-lhe direitos (e personalidade jurídica provisória) antes da concepção, a exemplo do que faz o Código Civil brasileiro (art. 2º) e as normas penais que protegem a vida do infante ao punir o aborto criminoso (CP, arts. 124 a 126).”.

²⁸ GOMES e MAZZUOLI (2009, p.35) ensinam que: “O respeito ao direito à vida impõe, paralelamente, o desenvolvimento de políticas (sobretudo públicas) voltadas para o aprimoramento econômico, social, educacional e cultural de todas as pessoas”.

antes do nascimento. Por isso, a Convenção declara que seu amparo deve se dar, em regra, “desde o momento da concepção”. A partir da fecundação, já existe vida e, portanto, um ser humano a ser preservado. Ainda que invisível aos nossos olhos, o feto é uma vida, em nada diferente da nossa, a não ser pelo tempo e tipo de nutrição.

Em seguida, o Pacto estabelece que nenhuma pessoa pode ser privada de sua existência de forma arbitrária, restando inequívoco que é possível, em algumas situações raras, que a vida de alguém lhe seja arrancada de forma legal, respeitando todas as regras do determinado ordenamento jurídico.

Em nosso direito interno não é diferente. A Constituição Republicana admite a pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII). O Código Penal brasileiro, por exemplo, tem como excludentes de ilicitude de um tipo penal (no caso em comento o homicídio), a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de um direito, e o estado de necessidade (art. 23). Além dessas hipóteses, o Código traz, no capítulo dos crimes contra a vida, em seu artigo 128, que o aborto realizado por médico, quando a vida da gestante está em perigo devido à gravidez (aborto necessário), ou quando se tratar de caso de gravidez resultante de estupro, não será considerado um fato punível.

Trata ainda a Convenção Americana, no art. 4.2 e seguintes, da pena de morte nos países membros do sistema interamericano. O intuito deles é que, nos países que ainda aceitam a pena capital, ela seja aplicada somente em casos muito graves, com um julgamento cercado de garantias judiciais, respeitando-se os princípios da anterioridade e legalidade. Estabelece também que nos países que adotam a pena de morte, esta não pode ser aplicada a crimes que não tinham tal pena no momento em que o Estado adentrou como membro da Convenção. Nos países que já haviam abolido esta medida descabida (v.g. o Brasil), ela nunca deve ser reestabelecida, consagrando, desse modo, o princípio da proibição do regresso, já devidamente explicado.

Há casos em que é proibida a aplicação da pena de morte, quais sejam, os delitos políticos e os delitos comuns conexos com estes, bem como para pessoas que, no momento da prática do delito, forem menores de dezoito anos, ou maiores de setenta, ou se se tratar de mulher em estado de gravidez.

Para tentar estabelecer o fim da pena nefasta, em 1990, criou-se o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte, o qual conta com a participação do Estado brasileiro.

Garante o Pacto de São José da Costa Rica, no artigo 5.º, o direito à integridade pessoal, compreendendo nesta, a proteção física, psíquica e moral do ser humano. A análise dos direitos esculpidos neste artigo é de relevância, já que a “grande maioria das sentenças proferidas nos casos de jurisdição contenciosa abordou a questão referente à integridade pessoal das vítimas de violações de direitos humanos” (JAYME, 2005, p. 124).

Expõe a norma internacional que, no momento que o Estado priva de liberdade uma pessoa, esta “deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”. Assim, o preso, mesmo que, para fins de ressocialização e retribuição, deva sofrer uma supressão temporária do seu direito fundamental de liberdade de locomoção em razão da prática de um delito, ainda continua sendo um ser humano, devendo ser respeitado como tal.

Reza ainda o dispositivo que a ninguém deve ser imposto torturas, assim como, penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Tal pensamento, que não poderia ser outro, encontra plena aceitação na legislação pátria, porquanto, na Constituição Federal há previsão de que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (Art.5.º, III), “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (Art.5.º, XLIX), “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis” (Art.5.º, XLVII).²⁹

Expressa ainda o artigo, que nenhuma pena pode passar da pessoa do delinquente. O intuito do Pacto de São José foi sacramentar o princípio da pessoalidade ou personalidade da pena, que já está presente na maioria das legislações dos países americanos.³⁰

²⁹ Insta salientar, que a República Federativa do Brasil é signatária da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985) e da Convenção das Nações Unidas Contra Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1984). Esta última foi promulgada pelo Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991. O Protocolo Facultativo a esta Convenção foi promulgado pelo Decreto n. 6.085 de 19 de abril de 2007. Cabe mencionar também a Lei 9.455 de 7 de abril de 1997, que define os crimes de tortura.

³⁰ No Brasil, reza a Constituição brasileira de 1988, no art.5.º, XLV: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de

Dessa forma, somente quem realiza uma conduta delituosa pode ser responsabilizada por ele. Nem a família ou os amigos, nem pessoa alguma pode sofrer no lugar de quem praticou o delito, muito menos, a pena aplicada ao condenado pode atingir terceiro.

Deve-se fazer também, em razão do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, diferenciação entre condenados e processados, devendo aos últimos ser ofertado um “tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas”. Portanto, já que consoante a Constituição nacional, no art.5.º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; o preso provisório não pode, em regra, ficar junto com os presos já condenados. A aceitação do contrário infringe a dignidade da pessoa humana, uma vez que se estaria diante de uma antecipação de pena injusta caso está não se confirme.

Em circunstâncias excepcionais, a Convenção permite a mitigação desta regra, porém, infelizmente, é cediço que, em muitos países a ausência de separação e tratamento diferenciado entre processados e condenados é comum, transformando, desse modo, a exceção em regra e, por conseguinte, existindo afrontas ao princípio da presunção de inocência e possibilidade de acionamento do sistema interamericano.

A separação deve existir também entre os presos adultos e os menores, quando estes últimos puderem ser processados. Neste caso, os menores devem imediatamente ser conduzidos a tribunal especializado para receberem um tratamento que, obviamente, respeite suas condições peculiares.

No Brasil, os menores de 18 anos são inimputáveis, porém, podem ser processados por ato infracional, desde que maiores de 12 anos e menores de 18, e lhes ser aplicada alguma das medidas socioeducativas previstas no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente).

bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. Há certa mitigação do princípio da pessoalidade na Constituição brasileira, uma vez que a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens pode ser estendida aos sucessores e contra eles executadas. No entanto, isso somente ocorre até o limite do valor do patrimônio transferido, não havendo, desse modo, transferência de responsabilidade do condenado para terceiros, pois se o valor da obrigação for superior ao valor da herança, os herdeiros não terão que arcar com absolutamente nada. Dessa forma, ainda que exista essa mitigação, permanece preservado o princípio da pessoalidade.

Insta salientar que o dispositivo, no seu arremate, expõe que as penas privativas de liberdade devem ter por escopo fundamental a melhoria e a readaptação social dos condenados. A pena privativa de liberdade, desse modo, além do fim retributivo e preventivo (geral e especial), deve ter também, e, fundamentalmente, o intuito de readaptar o condenado a sociedade para que, quando ocorrer sua saída do cárcere, ele possa retomar sua vida social de modo digno e respeitável. É essa ideia que preconiza a Lei de Execução Penal brasileira (Lei 7210/ 1984) no art. 10 ao dizer que a assistência dada ao preso e ao internado é dever do Estado, e objetiva não somente prevenir o crime, mas também “orientar o retorno à convivência em sociedade”.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça juntamente com o governo federal, promovem o programa Começar de Novo ³¹, um projeto que objetiva reinserir o preso na sociedade oferecendo-lhe capacitação profissional, além de incentivar na mídia a necessidade dos empregadores contratarem pessoas que já quitaram seu débito com a sociedade através da suspensão por período adequado de seu direito fundamental e inerente de liberdade. A reinserção social do preso combate a reincidência, saindo, dessa forma, todos os seres humanos beneficiados.

Prevê o art. 6.º da Convenção que ninguém deve ser submetido à escravidão ³² ou servidão, nem a trabalhos forçados ou obrigatórios. Nota-se, dessa forma, que o trabalho é um direito que precisa ser exercido de forma digna, justa e livre. Numa situação em que tais características não prevalecem, não há o exercício de um direito, mas uma aviltante afronta à sagrada dignidade do ser humano.

Não se busca proibir nos países membros da Convenção, em que juntamente com a pena privativa de liberdade, segue-se a pena de trabalhos forçados, o cumprimento destes, desde que esta seja imposta por um juiz ou tribunal competente e não afete a dignidade, nem a capacidade física ou intelectual do detento. Para efeitos do tratado, não se consideram trabalhos forçados ou obrigatórios:

³¹ Veja mais em: Começar de Novo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/detentos-e-ex-detentos/pj-comecar-de-novo>.

³² Como forma de combater a escravidão, no Código Penal brasileiro, no capítulo DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL, em seu artigo 149, foi estabelecido o crime de Redução a condição análoga à de escravo. Ver mais sobre o assunto na obra Ley Penal y Derecho Internacional, de Guillermo Julio Fierro, 2007, p.1-2.

4. os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado;
5. serviço militar e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, qualquer serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daqueles;
6. o serviço em casos de perigo ou de calamidade que ameacem a existência ou o bem-estar da comunidade;
7. o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

Outro assunto disposto no artigo diz respeito ao o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres. O intuito é coibir, no tocante ao tráfico de mulheres, a exploração sexual. Não esquecendo de que o tráfico de pessoas, seja qual for o seu fim, fere o direito de dispor do corpo de forma livre, sujeitando o ser humano a um objeto ou instrumento utilizado para estabelecer os desejos de pessoas execráveis.

O Brasil, objetivando dar cumprimento as disposições nos compromissos assumidos na Convenção, quanto ao tráfico de mulheres, trouxe para o Código Penal, em 2009, através da Lei n. 12.015, os crimes de Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231), e o de Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231- A).

Obviamente que o combate a tais transgressões não pode ficar reduzida a alterações legislativas, mas deve o Estado propor e por em prática programas de governo eficientes para a eliminação desses crimes. Como bem ensinou BOBBIO, em sua obra, *A Era dos Direitos* (2004, p.43), “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justifica-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

No art. 7º estão descritos direitos relativos à liberdade e segurança pessoal, restando claro, assim, que a regra é a liberdade, sendo a privação de liberdade uma medida que deve ser utilizada somente nas “causas e condições” previstas nas leis constitucionais e infraconstitucionais dos Estados.

No Brasil, a privação da liberdade pode ser penal (definitiva ou cautelar/processual) ou extrapenal (civil ou administrativa).

A prisão penal definitiva se dá em razão de sentença penal condenatória transitada em julgado, sendo esta a regra para a aplicação desta

sanção, uma vez que vige em nosso ordenamento o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (art. 5.º, LVII da CF/88).

No entanto, existe também a possibilidade da privação da liberdade se dar antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, isto é, uma privação da liberdade sem uma sentença exauriente que comprove a culpa do acusado. Trata-se da prisão cautelar, também chamada de processual. Está podendo ser: a) temporária (Lei 7.960 de 21 de dezembro de 1989); b) preventiva (art. 312, CPP); c) em razão de flagrante delito (art. 5.º, LXI, da CF/88, arts. 301 a 310 do CPP).

As prisões (temporária e a preventiva) não violam o princípio da presunção de inocência, pois só cabem desde que respeitadas determinadas exigências (v.g., prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria na preventiva); somente em casos extremamente necessários, principalmente agora com a reforma do Código de Processo Penal, que fora visivelmente influenciado pelo disposto na Convenção Americana; além de, em regra, necessitarem de ordem fundamentada e escrita (art. 5.º LXI e art. 93,IX ; art. 315 do CPP; art. 2.º, caput e § 2.º da Lei 7960/89). Dessa forma, nenhuma pessoa pode ser submetida à detenção ou encarceramento arbitrários.

Informa a norma internacional em comento que, quando ocorrer prisão, detenção ou retirada de alguma pessoa, a mesma terá direito de ser informada das razões de sua detenção e notificada, com maior rapidez possível, do que está sendo imputado contra ela, além de ter assegurado o direito de recorrer a um juiz ou tribunal competente, para que este decida de forma célere, sobre a legalidade ou ilegalidade de sua prisão ou detenção, ordenando sua soltura caso se trate de ato ilegal.³³

Nos Estados-partes da Convenção Americana que já previam em suas legislações internas que toda pessoa que se entenda ameaçada em sua liberdade tem o direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, para que este decida sobre a legalidade desta ameaça, não será possível restringir, muito menos abolir tal

³³ Em consonância com o disposto, a Constituição Federal brasileira, no art. 5.º, assegura que “LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”, “LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, e “LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”.

direito. Resta claro no dispositivo a promoção do princípio da proibição do regresso, já discutido anteriormente. O recurso que trata o dispositivo, não há dúvida, é o *habeas corpus*, e pode ser interposto pela própria pessoa ou por terceiro.³⁴

O dispositivo influenciou a alteração do Código de Processo Penal brasileiro, uma vez que dispõe a Convenção que:

7.5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Ao tratar da prisão preventiva o espírito da norma internacional expressou a necessidade de impor a privação da liberdade como última hipótese, devendo o magistrado aplicar, quando possível, medidas alternativas a está.

Na obra *Direito Internacional dos Direitos Humanos: Estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan* (Coord. MAZZUOLI e RIBEIRO, 2004, p. 309- 319), há acertadamente, entendimento da influência da Convenção para essa alteração no CPP brasileiro, uma vez que o Código Modelo de Processo Penal para a Ibero-América de 1988 influenciou a reforma do CPP, sendo sua elaboração baseada em vários instrumentos de proteção de direitos humanos, entre eles a Convenção Americana, especialmente no que diz respeito às prisões cautelares, em especial a prisão preventiva, estabelecendo que esta seja aplicada em caso de extrema necessidade, com a devida fundamentação. No item 219 do Código Modelo, encontra-se exposto quais são as medidas alternativas à prisão cautelar. Na mesma obra (2004, p. 309- 319) encontra-se a explicação:

O Código Modelo propõe que, sempre que as circunstâncias autorizadas da preventiva puderem ser evitadas com a aplicação de medida menos gravosa para o imputado, o juiz deixará de decretar a prisão, impondo-lhe alguma dentre as seguintes alternativas: 1) arresto domiciliar, em seu próprio domicílio ou sob custódia de outra pessoa, sem vigilância alguma ou com a qual o tribunal disponha; 2) a obrigação de submeter-se ao cuidado ou vigilância de uma pessoa ou instituição determinada, que prestará informações periodicamente ao tribunal; 3) a obrigação de apresentar-se

³⁴ Esse remédio constitucional está garantido na Constituição Federal brasileira no art. 5.º, LXVII, sendo que a maioria das regras para sua interposição estão previstas no Código de Processo Penal brasileiro nos arts. 647 a 667.

periodicamente ante o tribunal ou a autoridade por ele designada; 4) a proibição de sair do país, da localidade em que reside ou do âmbito territorial que fixe o tribunal, sem autorização; 5) a proibição de comparecer a determinadas reuniões ou de visitar certos lugares; 6) a proibição de comunicar-se com pessoas determinadas, sempre que não afete o direito de defesa; 7) prestação de uma caução econômica adequada, pelo próprio imputado ou por outra pessoa, mediante depósito em dinheiro, valores, constituição de renda ou hipoteca, embargo ou entrega de bens, ou o aval de uma ou mais pessoas idôneas.

Essas medidas atualmente estão previstas no Código de Processo Penal brasileiro, por conta da Lei. 12.403 de 4 de maio de 2011. Nosso Código, porém, prevê ainda outras medidas alternativas a prisão preventiva (art. 319, IX, monitoração eletrônica, por exemplo).

As medidas alternativas recém-previstas no Código Processual brasileiro poderão ser aplicadas isoladas ou cumulativamente e, em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou querelante, poderá substituí-las, impor outra em cumulação, e somente em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 282 § 4.º e art. 312, parágrafo único). A preventiva, portanto, somente será decretada quando não for possível sua substituição por outra medida cautelar (art. 282 §6.º, e art. 319). Caso o juiz verifique falta de razão para a manutenção da medida cautelar, poderá revogá-la ou substituí-la, bem como poderá voltar a decretá-la, se sobrevierem motivos que a fundamentem (art. 282 § 5.º).

Assim sendo, violados estas regras e, em caso de inércia justiça brasileira, o país pode ser alvo da atuação do sistema interamericano. Deve estar claro, porém, que essa possibilidade de acionamento ou até mesmo condenação no sistema interamericano, existe antes da reforma do Código Processo Penal brasileiro, uma vez que já estava prevista na Convenção Americana. Em 2004, nos ensinou a supracitada obra (p.317-318) que, apesar de ser necessária à previsão interna dessas medidas cautelares alternativas, a “falta de regulamentação não exime de responsabilidade o Estado que deixa de aplicar *in casu* a substituição da prisão como prevenção por outra medida cautelar”.

E completa a obra (2004, p.319):

A nosso ver, a aplicação de medidas alternativas à prisão preventiva é medida que se impõe, direito subjetivo do indivíduo, exigível, portanto. Mesmo ensejando regulamentação, a não observância da medida resulta em responsabilidade do Estado- parte descumpridor, podendo a parte prejudicada, nos termos do art.44, exercer o direito de petição junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse contexto, resta clara a relevância da Convenção Americana para assegurar os direitos humanos fundamentais do homem, principalmente, quando os Estados Americanos falham com seus deveres.

Por fim, reza o dispositivo em comento que nenhuma pessoa pode ser presa por dívidas, salvo em razão de “mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. O motivo para a exceção não é outro senão que o direito a alimentos está umbilicalmente ligado ao direito à vida e a dignidade, sendo visível que a prisão civil é um instrumento necessário para dar efetividade a este direito.

Posto isto, cabe discutirmos de forma sucinta a impossibilidade da prisão civil por dívidas do depositário infiel, uma vez que o assunto já se encontra pacificado pelo Supremo Tribunal Federal.³⁵

Na Constituição Federal de 1988, art.5.º,LXVII , está previsto que não deve existir prisão civil por dívidas, salvo em caso de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (devido a sua importância para a sobrevivência humana como já visto), e de depositário infiel. Está última parte entrava em conflito com este artigo da Convenção Americana de 1969, ratificada pelo Estado brasileiro em 1992, uma vez que esta somente prevê a possibilidade de prisão civil por dívidas no primeiro caso.

A questão não demorou muito para ser suscitada na justiça, sendo decidida pelo Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários 466.343-SP, de 03 de dezembro de 2008 e 349.703 do mesmo ano, que entendeu que prevalecia o esculpido pela Convenção Americana, uma vez que a norma a possibilidade de prisão do depositário infiel feria o princípio da proporcionalidade, além de afrontar o status supralegal da Convenção Americana, que tornou inaplicável toda legislação infraconstitucional com ela conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Sendo assim, os artigos do Código Civil que dispõe sobre a prisão do

³⁵ Veja as jurisprudências em anexo I.

depositário infiel estão derogados, pois o art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, deve ser interpretado à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Esse entendimento, porém, pode ser alcançado pelo princípio *pro homine*, que embora não mencionado pelo Supremo, foi aplicado (GOMES, MAZZUOLI, 2009, p.64-69, 186-191).

O entendimento do Supremo está esculpido na Súmula vinculante 25 que dispõe: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. O Superior Tribunal Justiça também tem o mesmo posicionamento sumulado na súmula 419 que diz “descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.

O art. 8 trata das garantias judiciais.³⁶ Neste artigo estão previsto os mais importantes princípios do processo penal garantista, como por exemplo, o da presunção de inocência ou da não culpabilidade, enquanto não houver comprovação da culpa da pessoa, que se dá mediante sentença penal condenatória transitada em julgado.

O artigo prevê que toda pessoa, quando da apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza, terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei.

Assegura o artigo que todo ser humano tem as seguintes garantias processuais: “direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal”; “comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada”; “concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa”; “direito ao acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu

³⁶ A doutrinadora ANNONI fez importantes considerações sobre o tema ao escrever “Garantias processuais são direitos humanos: um estudo das garantias processuais no sistema americano de direitos humanos”, numa participação do livro Direito internacional: homenagem a Adherbal Meira Mattos (2009. p.51- 81). De igual importância os comentários de GOMES e MAZZUOLI (2009,p.69-125) sobre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

defensor”; direito irrenunciável de ser amparado por um defensor oferecido pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; “direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”; direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado; e direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Por fim, não se pode deixar de dizer que o dispositivo em comento ainda garante que a “confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza”; que o “acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”, e que o “processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça”.

Esse dispositivo é de extrema relevância, além de ser muito rico, porém, aqui nos atentaremos somente para duas observações.

A primeira refere-se ao direito à razoável duração do processo. Esse direito serve para que se garanta um verdadeiro acesso à justiça, uma vez que não basta o acesso formal, mas este deve ser efetivo, respeitando-se o devido processo legal. A Carta Magna, através da emenda n.º 45 de 2004, acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5.º, que dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Esta garantia, entretanto, já se encontrava protegida em nosso direito desde 1992, ou seja, desde a ratificação da Convenção Americana, restando inequívoca também a influencia da mesma nas alterações das legislações internas, que necessitam estar sempre em consonância com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e almejando continuamente maior proteção ao ser humano.

O dispositivo constitucional não protege a tutela em si, pois esta já se encontrava protegida, mas, sim, uma garantia processual a tutela, o que demonstra seu aspecto material de efetivação de direitos, constituindo, desse modo, um direito humano a ser protegido, conforme entendimento previsto na obra *Direito internacional: homenagem a Adherbal Meira Mattos* (2009, p.53).

O Código de Processo Penal buscando cumprir esse entendimento foi reformado no seu artigo 400, pela Lei 11.719 de 2008, possibilitando a realização de uma audiência só, quando se tratar de rito sumário, ou ordinário ou primeira fase do júri, já que haverá uma concentração de atos procedimentais, tornando, dessa forma, o processo mais célere e econômico.

A segunda observação se refere à alteração do disposto no art. 366 do Código de Processo Penal brasileiro, modificado pela Lei n.º 9.271, de 17 de abril de 1996, tendo a primeira parte a seguinte redação: “Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz [...]”. Anteriormente a essa alteração, o dispositivo previa que, quando o acusado, citado ou intimado para qualquer ato processual, não comparecesse sem justo motivo, o processo seguiria à revelia.

Essa mudança se deu, entre outros motivos, em razão do disposto no art. 8.2, alíneas “b”, “c” e “d” da Convenção. Dessa forma, essas garantias passaram a integrar o devido processo legal brasileiro, devendo o acusado sempre ser informado sobre a acusação que lhe imputam (GONÇALVES, 2001, p. 22,23).

No art. 9.º estão esculpidos dois importantes princípios jurídicos; o da legalidade e o da retroatividade. Estes princípios servem para dar segurança para os cidadãos de que não serão surpreendidos por uma lei que venha a criminalizar uma conduta anteriormente comum e retroagir para punir os seus praticantes. Se isso fosse possível ninguém estaria seguro, mas todos teriam medo dos “donos” do poder.

O estado brasileiro, como Estado Democrático de Direito que é, consagrou tais princípios na Constituição Federal, como também nas leis infraconstitucionais.

O princípio da legalidade informa que uma pessoa somente pode ser condenada por um delito se, e somente se, tal delito e sua respectiva pena já estavam previstos na lei. Mas não basta que haja anterioridade da lei, uma vez que para que o princípio tenha eficácia a lei deve prever o delito de forma clara, precisa, não causando confusão. Desse modo, “Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de

acordo com o direito aplicável”. Esse dispositivo encontra perfeita sintonia com o ordenamento jurídico brasileiro (art. 5.º, XXXIX, da CF; e art. 1.º do CP).

Quanto a aplicação da lei no tempo, vige o princípio da retroatividade da lei mais benéfica e irretroatividade da lei menos benévola. Portanto, não é possível estabelecer “pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito”, assim como, se, “depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se”. Sintetizando tudo isso, estabeleceu a Constituição Cidadã (art. art. 5.º, XL): “a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Do mesmo entendimento, o art. 2.º, do CP.

O fundamento para estes princípios, como já mencionado, é o Estado Democrático de Direito, uma vez que somente num regime ditatorial, como eram os antigos regimes, pessoas poderiam ser condenadas pela simples vontade do monarca ou general, não sabendo nem em que crime incorria, sendo desrespeitadas as atuais regras de aplicação da lei no tempo. A legalidade e a retroatividade da lei mais benéfica e a irretroatividade da lei mais maléfica é, inequivocamente, uma conquista desse novo modelo de Estado e deve permanecer para todo o sempre.

O artigo 10 preceitua que toda pessoa tem direito à indenização, conforme a lei, em razão de sentença condenatória transitada em julgado que contenha erro judiciário.

O poder judiciário serve precipuamente como instrumento para fazer justiça, buscando as verdades dos fatos e aplicando o direito correspondente. O objetivo do judiciário, portanto, na área penal, é entregar ao acusado uma sentença condenatória ou absolutória, onde foi respeitado o princípio da presunção de inocência, do devido processo legal, e de todas as demais garantias judiciais.

Se o resultado da sentença estiver eivado, ou ela permanecerá válida, caso se trate de sentença absolutória, ou poderá ser invalidada e dará ao condenado o direito à indenização. Essa interpretação coaduna com o que estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5.º, LXXV: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Completando o ensinamento, JAYME (2005, p.141) elucida:

A interpretação a ser atribuída a esse dispositivo vai além da sua literalidade, para abranger, também, situações em que o indivíduo é detido sem qualquer motivo e, posteriormente, vem a ser absolvido. Em casos tais, dúvidas não restam quanto à responsabilidade do Estado, equiparável à prisão decorrente de erro judiciário.

Destarte, embora o dispositivo fale somente em erro judiciário, alcança também ao momento anterior ao processo, quando ocorre a prisão ilegal.

O erro judiciário, conforme o entendimento de JAYME (2005, p.141), “se caracteriza quando a sentença criminal é injusta, por haver contradição entre o que foi decidido e a prova dos autos”. Assim, quando se decidir contra as provas dos autos, ainda que não haja culpa do Estado, este deve indenizar a vítima, uma vez que sua responsabilidade é objetiva.

O Pacto reconhece também, conforme artigo 11, o direito à proteção da honra e da dignidade, não podendo ninguém sofrer com interferências abusivas em sua vida privada, domicílio, família, ou correspondência, nem ser alvo de insultos ilegais a sua honra ou reputação. O escopo desse artigo é a proteção da intimidade do ser humano.

A sociedade atual goza de mais liberdade, e em razão dessa maior liberdade, é possível que as pessoas expressem suas opiniões sobre todos os temas e pessoas. Essa liberdade, contudo, não pode ser absoluta, constituindo-se a honra e a dignidade do ser humano em barreiras necessárias para que o exercício desse direito não se transforme num instrumento de injustiças e ofensas.

O direito interno brasileiro está plenamente adequado a esta norma, tanto na Constituição brasileira no artigo 5.º, incisos X, XI, e XII, como também encontram-se desenvolvidas no nosso direito infraconstitucional. As disposições constitucionais são cláusulas pétreas, e, portanto, imutáveis, salvo se uma nova constituição dispusesse de modo contrário. Entretanto, mesmo neste caso não poderiam ser retiradas, pois o poder constituinte originário sofre limitação por princípios éticos internacionais e, especialmente, em razão do princípio da proibição do regresso.

O artigo 12 trata da liberdade de consciência e de religião. A primeira é a liberdade por excelência, compreendendo todas as liberdades relacionadas ao pensamento. A segunda é a liberdade de manifestar crença ou religiosidade

(estando aqui inseridos os direitos de culto e de criar uma organização religiosa), bem como expressar descrença, visto que o Estado deve ser laico e a religião é um direito e não um dever ou obrigação. No Brasil, a liberdade de consciência e de crença são direitos invioláveis, sendo assegurado a todos “o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (art. 5.º, VI, da CF/88).

Posto isto, essa liberdade significa o direito de conservar alguma religião ou crenças, ou o alvedrio de mudar de religião ou de crenças. Nem o Estado (art.19, I, da CF/88), nem particular algum podem interferir nesse direito. Em caso de violação desses direitos o Estado tem o dever de estabelecer sanções aos violadores. O Estado brasileiro assim o faz nos arts. 208 a 212 do Código Penal (crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos), e art.3.º, d, e, da Lei 4.898/ 1965 (Abuso de autoridade). Essa liberdade independe de idade, sendo, porém, reafirmada no Estatuto da Criança e do Adolescente (da Lei 8.069/1990), art. 16, III, e art. 124, XIV.

A liberdade religiosa proclamada no Pacto garante também a todos os indivíduos o direito de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado. É permitido a todos, assim, usar os meios de comunicação (rádio, jornal, revista, internet, televisão, etc.) para divulgar suas crenças, bem como entregar folhetos ou realizar visitas em moradias, desde que com a concordância dos moradores, e nestas professar os benefícios de sua respectiva fé.

Em concordância com o dispositivo, a todos os brasileiros “é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva” (art. 5.º, VII, da CF/88). Portanto, é admissível a assistência religiosa nos hospitais públicos ou privados, bem como nos estabelecimentos civis e militares (Lei 9.982/2000), como também o serviço de Assistência Religiosa nas Forças Armadas (6.923/1981). Dispõe a Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), no art. 24, que a “assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo sê-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa”. No entanto, conforme dispõe seu paragrafo segundo, “nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa”.

Deve-se esclarecer também que a prestação de assistência religiosa, tendo como fundamento o direito de professar e divulgar determinada religião ou crença, não viola a laicidade dos Estados, uma vez que, conforme MORAES (2007,p. 125),

[...] o Estado brasileiro, apesar de laico não é ateu, como comprova o preâmbulo constitucional, e, além disso, trata-se de um direito subjetivo e não de uma obrigação, preservando-se, assim, a plena liberdade religiosa daqueles que não professam nenhuma crença.

Dessa forma, o Estado não pode intervir privilegiando uma determinada crença ou a descrença. É inadmissível num Estado democrático tanto a imposição de uma religião oficial, como de uma laicidade absoluta, pois, como afirma Themístocles B. Cavalcanti, apud. MALUF (1970, p. 359) ambas são formas de intervenção, atitudes extremadas que geram a quebra de neutralidade.

Prevê ainda o dispositivo em comento que os pais e, quando for o caso, os tutores, possuem o direito de que seus filhos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. Uma família é construída pelos seus costumes, moral, e crenças, assim, os pais tem direito a que seus filhos cresçam de acordo com suas convicções, cabendo a eles decidirem, posteriormente se desejam ou não permanecer nelas. A Constituição Federal, no art. 210§ 1.º, em consonância com o disposto, diz que o “ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”. Na lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, estão estabelecidas as diretrizes e bases da educação nacional, prevendo os art. 33, a regulamentação do ensino religioso, que deverá observar a diversidade cultural religiosa do Brasil, sendo vedadas quaisquer formas de proselitismo. Dessa forma, as características da facultatividade e do respeito à diversidade são as bases para que o ensino religioso presente nas escolas não desrespeite as convicções religiosas ou ateístas das famílias brasileiras.

Em razão desse direito, ninguém pode sofrer com medidas que inviabilizem sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, bem como a sua liberdade de muda-las. No entanto, como nenhum direito é absoluto, a liberdade religiosa encontra limitações, que devem estar previstas em lei e, desde

que se façam necessárias para “proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas”, conforme o art. 13. Essas limitações são estabelecidas sobre a manifestação do direito de liberdade de religião e crença, uma vez que tais liberdades estão presentes no subconsciente humano, sendo impossível sua limitação pelo Estado.

Prescreve a Constituição Pátria, em consonância com a Convenção, no art. 5.º, VIII, que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política”, desde que, tal liberdade não seja invocada para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei. Assim sendo, se houver recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, mesmo tendo como fundamento a liberdade religiosa, poderá existir privação de direitos, como por exemplo, os direitos políticos (at.15, IV, da Constituição Federal). Isso ocorre quando alguém se recusa fazer o serviço militar obrigatório (art. 143 da Magna Carta), tendo como fundamento pessoal suas convicções religiosas, que, por exemplo, não lhe permitem pegar em armas ou fazer reverência a bandeiras, entre outras coisas. Essa primeira recusa, no entanto, não priva ninguém de seus direitos, mas a recusa em realizar a prestação alternativa é que gera tal fato, o que deixa visível, dessa forma, que há uma restrição totalmente adequada à liberdade religiosa. O mesmo pode ser dito quanto as restrições de sons de volumes muito altos em igrejas, uma vez que, conforme o art. 5.º, VI da Carta Política, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias deve se dar na forma da lei. Do mesmo modo, os rituais religiosos devem respeitar as leis e os bons costumes, não se admitindo, por exemplo, rituais que envolvam sacrifícios de animais ou de seres humanos.

O artigo 13 anuncia que toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este artigo, porém, não se tratado aqui, mas, em capítulo especial.

Está assegurado no artigo 14 o direito de retificação ou resposta a toda pessoa que for alvo de informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral. Assim, se uma rádio, televisão, internet, ou outro meio de difusão emitir dado ou informações que ofendam alguma pessoa, a empresa deverá conceder a vítima o

direito de resposta ou retenção, além de poder sofrer com processos cíveis e criminais.

Desse modo, o direito de liberdade de expressão é limitado pelo parâmetro de respeito à honra e dignidade do ser humano. Os direitos de se expressar e passar informação não podem ser um instrumento para denegrir a acabar com a dignidade de um cidadão perante a sociedade e família.

Esse direito deve ser exercido “nas condições que estabeleça a lei”. No Brasil a resposta deve ser proporcional ao agravo (art. 5.º, V). Somente em tal hipótese há coadunação com um Estado democrático e respeitador da justiça.

Toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, precisa ter um responsável pela sua emissão. Essa pessoa, entretanto, não pode gozar de nenhuma espécie de foro especial ou imunidade, uma vez que, se assim não o fosse, não existiria efetiva proteção da honra e da reputação.

No artigo 15 está esculpido o direito de reunião, desde que seja realizado de modo pacífico e com ausência de armas.

O direito de reunião garante a todos os cidadãos o direito de se associarem temporariamente para promoverem alguma causa. É, como entende todos doutrinadores, um direito individual exercido por uma coletividade.

Por ser consequência do direito de liberdade de expressão e do princípio do Estado Democrático de Direito, o exercício desse direito só pode ser restringido por lei (sentido formal), devendo tais limitações obedecer à democracia, “ao interesse da segurança nacional, da segurança ou ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas”. No Brasil, o direito de reunião em locais abertos ao público é exercido independentemente de autorização, desde que outra reunião anteriormente marcada para o mesmo local não seja frustrada, exigindo-se somente prévio aviso à autoridade competente (art. 5.º, XVI).

No artigo 16 encontra-se o direito de liberdade de associação, que, assim como o direito de reunião está ligado ao direito de liberdade de expressão e ao princípio do Estado Democrático de Direito.³⁷ Estes direitos se diferenciam na

³⁷ Por isso, o exercício desse direito só pode ser restringido por lei (sentido formal), devendo tais limitações obedecer à democracia, “ao interesse da segurança nacional, da segurança ou ordem

medida em que uma reunião é realizada para durar um tempo determinado e curto, enquanto a associação é constituída para durar por tempo indeterminado.

A associação é uma reunião de pessoas com propósitos comuns, sejam eles “ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza”.

O artigo 17 consagra a proteção da família, declarando, precipuamente, que a sociedade é “núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.

Um Estado não é formado por indivíduos bem estruturados, mas por famílias bem estruturadas. Assim, o sucesso de um Estado em áreas como educação, trabalho, economia, e saúde pode ser medido pelo número de famílias que se importam e lutam pra efetivação desses direitos.

Dispõe o artigo que um homem pode contrair casamento com outra mulher, respeitadas a idade, a liberdade de escolha das partes, e as condições impostas pela legislação interna de seu país, desde que tais restrições não sejam discriminatórias, mas, sim, verdadeiramente protetivas.

Dispõe ainda que os Estados-partes na Convenção carecem de adotar as “medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução”. Em seguida, reza que em “caso de dissolução, serão adotadas as disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos”.

Desse modo, nossa Constituição, bem como as leis infraconstitucionais proclamam diversos direitos e deveres para obter êxito no compromisso assumido perante o sistema interamericano.³⁸

Por fim, proclama o artigo 17 que tanto os filhos nascidos na constância do casamento quanto os nascidos de uma relação fora do casamento gozam de igual direitos, não se podendo mais falar em “filho bastardo”. O

pública, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas”.

³⁸ Ver a Constituição Republicana brasileira nos artigos 226 a 230; como também as leis nº 1.110 de 23 de maio de 1950; 6.015 de 31 de dezembro de 1973 (arts. 67 a 75); 9.263 de janeiro de 1996; e o Código Civil de 2002, artigos 1511 à 1783).

reconhecimento dessa igualdade é uma medida de justiça e revela que todos os filhos possuem os mesmos direitos, não importando a situação em que foram concebidos. Trata-se da prevalência da dignidade humana sobre os interesses e costumes do século passado.

No artigo 18 está garantido o direito ao nome (que compreende o direito a prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um deles), devendo a legislação interna dos Estados-partes, regulamentar a maneira de assegurar esse direito, “mediante nomes fictícios, se for necessário”.

O nome é um sinal de identificação de objetos, animais e pessoas, mas para estas últimas ele tem um grau muito mais relevante. Os seres humanos necessitam de identificação de uns para com os outros. E isso se dá pelo nome.

Contraria a dignidade e os direitos de personalidade alguém não ter o direito de ser identificado e reconhecido pelos seus feitos. Quando chamam nosso nome estão chamando nossa estrutura física e personalidade, não restando dúvidas, assim, de que o direito ao nome é um direito basal dos seres humanos.

No artigo 19 a Convenção Americana proclama que toda criança tem o direito “às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.³⁹

Para dar cumprimento a esta disposição o Estado brasileiro ratificou diversos tratados internacionais regionais e de âmbito global para a proteção dos direitos humanos da criança. Em 1989 o Brasil assinou e, em 1990 ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança (Tratado das Nações Unidas); em 1994 assinou a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores que esta em vigor desde 1998; e em 2000, ratificou dois protocolos relativos a Convenção sobre os Direitos da Criança, quais sejam, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Referente à Venda de Crianças, à Prostituição e a Pornografia Infantil e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os

³⁹ A Constituição brasileira, em concordância com os objetivos da Convenção Americana, reza no artigo 227, *caput*: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade, e opressão”.

Direitos da Criança Relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (GOMES, MAZZUOLI, 2009, p. 149-150).

As medidas de proteção da criança a que se refere à Convenção Americana, entretanto, devem ser tanto legislativas, positivando direitos inerentes a todas as crianças e seres humanos, bem como através de ações estatais de combate aos crimes contra as crianças e adolescentes e prevenção contra drogas⁴⁰, além de incentivos a educação, saúde, integração familiar, esporte e lazer.

Não basta, dessa forma, somente positivizar direitos, os Estados precisam empreender ações que garantam efetividade social as normas e aos compromissos que eles assumiram perante seus cidadãos e o mundo e, especialmente, com as crianças e adolescentes.

É unânime que criança é toda pessoa com idade inferior a dezoito anos. Há celeuma, no entanto, quanto à responsabilidade penal da criança ou adolescente. No Brasil prevalece o entendimento de que o menor de dezoito anos é inimputável, estando sujeito à legislação especial (art. 228 da CF/88, art. 27 do CP e 107 do ECA).

A responsabilidade pela segurança das crianças não é somente dos Estados e das sociedades, mas também e principalmente dos pais e familiares. Por isso, o art. 229 da Constituição Cidadã declara que os “pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”. É a família quem deve ser o sustentáculo de toda criança. No lar é que as crianças devem encontrar os ensinamentos e a proteção necessárias para transformá-las em cidadãos que promovam a paz, justiça e fraternidade social.

Não podemos nos esquecer de mencionar o artigo 227 da Constituição, uma vez que este traz uma série de direitos das crianças e adolescentes, como por exemplo, conforme § 3.º, a idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, direitos previdenciários e trabalhistas, acesso do trabalhador adolescente à escola, garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição

⁴⁰ No Brasil um dos programas modelo no combate às drogas é o PROERD (Programa Educacional de Resistência às Drogas). Esse programa é realizado nas escolas por policiais militares devidamente capacitados. Veja mais sobre o assunto no site: <http://www.proerd.rn.gov.br/oquee.htm>.

peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade, programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente de entorpecentes e drogas afins. Por fim, ainda expressa o parágrafo terceiro que a proteção especial dada às crianças e adolescentes abrangerá o “estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado”.

Como desdobramento lógico do disposto na Constituição, foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), um documento que se constitui numa verdadeira revolução de pensamento no direito pátrio, já que elevou as crianças e os adolescentes de “objetos tutelados” para sujeitos de direito, consagrando, também o princípio da proteção integral dos mesmos (art. 1.º, ECA).

Conforme leciona LEITE (2003, p.48-49):

Dentre os ordenamentos legais infraconstitucionais vigentes, o Estatuto de Criança e do Adolescente é o que apresenta um maior grau de complexidade e está em harmonia com as mais modernas teorias que tratam dos direitos novos da infância e da juventude.

O novo diploma legal se constitui num instrumento legal avançado pela sua preocupação com a criança na esfera em que vive – daí a ênfase na municipalização dos serviços, na criação dos Conselhos Tutelares e dos Direitos, enfim, todo um sistema de garantias.

A nova lei revela, ainda, outra preocupação com a matéria ao possibilitar a propositura de demandas judiciais em defesa dos interesses da criança e do adolescente.

Dessa forma, não resta dúvida de que a legislação pátria se encontra em perfeita sintonia com o proclamado na Convenção, representando tal realidade um benefício para as crianças e adolescentes do Estado brasileiro.

No artigo 20 está previsto que todos os humanos possuem o direito à nacionalidade, não podendo ninguém privar arbitrariamente uma pessoa de tal direito, nem inibi-la de mudar de nacionalidade.

A Corte emitiu relevantes entendimentos a respeito desse direito na Opinião Consultiva número 4 de 1984, em resposta a solicitação da Costa Rica sobre a compatibilidade do projeto de alteração dos artigos 14 e 15 de sua Constituição Política com os artigos 17.4, 20 (direito à nacionalidade), 24 (igualdade perante a lei). No tocante ao exercício do direito de nacionalidade, decidiu a Corte,

conforme paragrafo 68 da OC- 4/84, por cinco votos contra um (voto dissidente foi de Thomas Burgenthal), que “el derecho a la nacionalidad, reconocido por el artículo 20 de la Convención, no está involucrado en el proyecto de reforma constitucional, objeto de la presente consulta” (Corte IDH. Opinión Consultiva del 19 de enero de 1984 (OC-4/84).

Vejamos algumas das lições que a Corte ensinou nesta opinião consultiva, parágrafos 34 a 36:

34. El derecho a la nacionalidad del ser humano está reconocido como tal por el derecho internacional. Así lo recoge la Convención en su artículo 20, en un doble aspecto: el derecho a tener una nacionalidad significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado; y el de protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derecho civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo.

35. La nacionalidad puede ser considerada como el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática. Con distintas modalidades, la mayoría de los Estados han establecido la posibilidad de que personas que no tenían originalmente su nacionalidad puedan adquirirla posteriormente, en general, mediante una declaración de voluntad manifestada previo cumplimiento de ciertas condiciones. La nacionalidad, en estos casos, no depende ya del hecho fortuito de haber nacido en un territorio determinado o de nacer de unos progenitores que la tenían, sino de un hecho voluntario que persigue vincular a quien lo exprese con una determinada sociedad política, su cultura, su manera de vivir y su sistema de valores.

36. Siendo el Estado el que establece la posibilidad de adquirir la nacionalidad a quien originariamente era extranjero, es natural que las condiciones y procedimientos para esa adquisición sean materia que dependa predominantemente del derecho interno. Siempre que en tales regulaciones no se vulneren otros principios superiores, es el Estado que otorga la nacionalidad, el que ha de apreciar en qué medida existen y cómo se deben valorar las condiciones que garantizan que el aspirante a obtener la nacionalidad esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente. Es igualmente lógico que sean las conveniencias del Estado, dentro de los mismos

límites, las que determinen la mayor o menor facilidad para obtener la nacionalidad; y como esas conveniencias son generalmente contingentes, es también normal que las mismas varíen, sea para ampliarlas, sea para restringirlas, según las circunstancias. De ahí que no sea sorprendente que en un momento dado, se exijan nuevas condiciones, enderezadas a evitar que el cambio de nacionalidad sea utilizado como medio para solucionar problemas transitorios sin que se establezcan vínculos efectivos reales y perdurables que justifiquen el acto grave y trascendente del cambio de nacionalidad. (CORTE IDH. Opinión Consultiva del 19 de enero de 1984 (OC-4/84).

Desse modo, o exercício do direito de nacionalidade depende das regras internas dos Estados, que devem criá-las, porém, de modo que não comprometa a essência do direito.

O artigo 21 dispõe sobre o direito à propriedade privada, assegurando que toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens.

Dos “bens” que a Convenção se refere o principal deles é a propriedade. O direito de adquirir propriedades e usufruir delas é considerado fundamental para a existência digna de um ser humano, não podendo o Estado privá-lo do seu exercício, a não ser que seja através de lei e atendendo o interesse social.

A limitação que se admite é fruto da evolução do conceito de propriedade⁴¹, que deixou de ser compreendida como absoluta, sendo limitada pela função social. Isso, porque o contrário não se tratava mais do exercício de um direito, mas de um instrumento para desprezar e retirar dos outros o maior bem que podem ter, a sua dignidade.

Quando uma pessoa for privada de seus bens, por motivo de utilidade pública ou de interesse social, e nos casos e na forma estabelecida pela lei, o Estado deverá lhe pagar uma justa indenização. Do contrário, violará o direito de propriedade.

O Estado ao proteger o direito de propriedade não deve impedir também que haja invasões injustas. O Estado da Nicarágua foi condenado no Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua, por ter permitido violação do direito de propriedade de uma tribo indígena. O país não delimitou, nem titulou as terras da comunidade indígena, permitindo sua invasão e exploração por terceiros, trazendo assim grave desrespeito a dignidade daquele povo, uma vez que a propriedade para eles está ligada também a sua espiritualidade, cultura, personalidade e dignidade.⁴²

⁴¹ Veja mais sobre o assunto na obra de Direito Civil, Direito das Coisas, dos professores Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2011,p.119-138).

⁴² Veja mais sobre o caso na sentença condenatória de 31 de agosto de 2001 no Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf. Acessado em: 25 de agosto de 2011.

No Brasil o direito as regras relativas ao exercício do direito de propriedade e as suas limitações encontram-se presente na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais, com destaque para o Código Civil brasileiro.⁴³

Por fim, ainda expõe o artigo 21 do Pacto que “Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei”.

Percebe-se que a Convenção quis deixar claro que o homem deve tratar o seu próximo como quer ser tratado. O ser humano merece ser tratado com dignidade, tratar os demais com dignidade, e viver com dignidade.

A usura, ou o lucro exorbitante, aumenta cada vez mais a força dos poderosos e diminui cada vez mais a força dos pobres que precisam recorrer aos ricos para sobreviverem. Por isso, neste artigo, a proibição também deve ser estendida as empresas que empregam “capitalismo selvagem”, as entidades financeiras e bancos e ao próprio governo no exercício de tributar.⁴⁴

O artigo 22 consagra o direito de circulação e de residência, garantindo-se, assim, que toda “pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais”. Estas disposições legais a que se refere à Convenção, não podem eliminar o direito de circulação e de residência, seja explícita ou implicitamente. A restrição ao direito, por sua vez, é possível, porém, somente pode se dar mediante lei, com integral respeito às liberdades individuais, e quando for imprescindível para a manutenção de uma sociedade democrática, bem como “para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas”. A lei também poderá restringir esses direitos em razão de interesse público, em zonas determinadas.

No artigo ainda estão esculpidos outros direitos, como “o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país”, o direito de não “ser expulso do território do Estado do qual for nacional e nem ser privado do direito de

⁴³ Na Constituição Republicana tratam do assunto os arts. 5.º, XXII ao XXV, 156, § 1.º, 170, III, 182, §2, e 186. No Código Civil brasileiro: arts. 1228, §1.º ao §5.º, 1238 a 1276.

⁴⁴ Veja como a legislação brasileira trata do tema na Lei de Usura (Decreto n. 22. 623 de 1933), art. 406 do Código Civil, e art.161 do Código Tributário Nacional.

nele entrar”, a proibição da expulsão coletiva de estrangeiros, a vedação de expulsão ou entrega de estrangeiro a outro país, seja ou não de origem, “onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas”, a exigência de que somente caberá a expulsão de estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado- parte da Convenção em razão de “decisão adotada em conformidade com a lei”, e, por fim, “o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos, de acordo com a legislação de cada Estado e com as Convenções internacionais”.

Essas garantias revelam que o ser humano é um ser livre para conhecer o mundo, difundir suas ideias, e retornar ao seu país. O Estado não pode banir seus cidadãos ou priva-los de nele adentrar, seja qual for o motivo. Tal ato viola o Estado democrático de direito, sendo, por isso, caracterizado como um ato de regimes militares e ditatoriais. Por consequência lógica, o Estado tem que garantir esse mesmo respeito aos estrangeiros.

O artigo 23 proclama que todos os cidadãos devem usufruir determinados direitos políticos, entre eles, o de votar e ser votado. O direito de votar precisa ser exercido com total liberdade de vontade dos eleitores, sendo o voto secreto, igualitário e periódico.

O direito de se candidatar e ser eleito para uma função pública deve ser exercido em eleições periódicas, verídicas, realizadas por sufrágio universal, por meio do voto com as qualidades supramencionadas, devendo o candidato ter igual condição de acesso na disputa eleitoral.

Os direitos políticos podem ser restringidos por leis que o regulamentem, desde que seja, exclusivamente, por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal. No Brasil, o tema é tratado pela Constituição Federal nos artigos 12, e 14 a 16, que preveem entre outras, restrição em razão da nacionalidade (art. 12, §3.º, inciso I ao III, art. 14, §3.º, inciso I), idade (art. 14, inciso VI, alíneas a, b, c, d), instrução (art. 14, §4.º), e residência (14, §3.º, inciso IV).

Além do exercício do indireto da soberania popular, que se dá por meio de representantes livremente eleitos, este pode se dar diretamente. No Brasil, os direitos políticos podem ser diretamente desempenhados pelo plebiscito, referendo, iniciativa popular (art. 14 da CF/88).

No artigo 24 está proclamado o direito a igualdade perante a lei que, tem como desdobramento o direito à igual proteção da lei sem discriminação alguma.

Não resta dúvida de que tal direito foi abarcado pela legislação pátria, uma vez que está consagrado em nossa Constituição em diversos artigos. Reza o artigo 3.º, inciso IV, que um dos objetivos fundamentais do Brasil é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O artigo 5.º, caput, diz no seu início que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. O inciso I do artigo supracitado reza que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. E há outros artigos da Constituição, bem como leis infraconstitucionais brasileiras que promovem o princípio da igualdade.

Desse modo, fica visível que a igualdade deve estar presente tanto no momento da elaboração da lei, quanto no momento de sua aplicação, não podendo se admitir nenhuma forma de discriminação.

Como medida de promoção da igualdade os Estados realizam ações afirmativas, que ofertam diversas oportunidades para grupos que se encontram numa condição de carentes de cuidados diferenciados em razão de suas diferenças para os demais⁴⁵.

Segundo o escólio do jurista SARNENTO, (2010, p.9-11 da introdução)

A igualdade e a não discriminação constituem um princípio fundamental que ilumina e ampara todo sistema de proteção dos direitos humanos. Sua observância é requisito, condição e pressuposto para o pleno e livre exercício de direitos. Isso ocorre porque o contexto de discriminação e

⁴⁵ Conforme o escólio de Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2009, p. 164): “As ações afirmativas podem ser entendidas como medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função de sua origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião, patologia física/ psicológica etc. (...). As ações afirmativas são, portanto, atos de discriminação lícitos e necessários à ação comunicativa da sociedade. Logo, não devem ser vistos como “escolas” ou “clientelismo”, mas um elemento essencial à conformação do Estado Democrático de Direito”.

exclusão constrói barreiras adicionais a certos grupos no exercício de seus direitos gerais. Para superar essas barreiras adicionais, é preciso reconhecer direitos específicos também adicionais a esses grupos. Emerge, assim, a exigência ética de políticas voltadas à diferença e ao reconhecimento de identidades.

(...)

A ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É apenas pelo reconhecimento da diferença que se poderá considerar o “outro” como parceiro igualmente digno em um diálogo moral, jurídico e político. É apenas pelo reconhecimento da diferença que os direitos humanos poderão ser implementados a todos, sob inspiração do valor da diversidade e de um conceito plural de dignidades concretas.

Assim sendo, num Estado democrático de Direito, para que exista uma efetiva proteção ao direito de igualdade, este, na lição de Norberto Bobbio (2004), deve ser compreendido como o dever de tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida em que se desigualam.

Os Estados-parte da Convenção assumiram o compromisso de garantir a efetivação do exercício pleno do direito de igualdade para seus cidadãos, e, portanto, possuem o débito de cumpri-lo, seja através de programas e planos de política pública, criação de leis e, principalmente, por meio de um judiciário comprometido com os avanços sociais e com a justiça.

O artigo 25 do Pacto assegura o direito à proteção judicial, dizendo que: “Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais [...]”. Não se pode conceber, assim, um Estado Democrático que deixe de oferecer recursos para a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos.

Pelo trecho transcrito percebe-se, porém, que não basta oportunizar o acesso a justiça formalmente, mas deve-se oferecer um meio simples, rápido e efetivo de se defender os direitos basais do homem, estejam eles previstos na Constituição, lei, ou na própria Convenção. Essa efetividade, portanto, deve estar presente tanto para parte autora quanto para a defesa, uma vez que o direito de ação compreende também o direito de se defender.

Reza ainda o artigo que ainda que estejam no exercício de suas funções oficiais não será concedida nenhuma imunidade aos transgressores dos bens essenciais do ser humano.

Por fim, dispõe o artigo de três compromissos que os Estados devem assumir para a efetivação do direito a proteção judicial, qual seja: “3. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso”; bem como “4. A desenvolver as possibilidades de recurso judicial”; e “5. A assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso”.

No Capítulo III (art.26) são tratados os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Esses direitos são chamados por Norberto Bobbio (2004) de direitos de “segunda geração” ou dimensão e atualmente são considerados de valor idêntico aos direitos civis e políticos (direitos de “primeira geração” ou dimensão) para a garantia dos ideais de respeito da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana não pode ser assegurada apenas com a proteção dos direitos civis e políticos, mas exige também a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, entre outros. Ressaltasse, assim, a característica da indivisibilidade dos direitos humanos. Esta, como já dito, se revela pelo fato que deve existir o respeito a todos os direitos, sejam civis e políticos, econômicos sociais e culturais, uma vez que se cada direito for individualmente considerado não há verdadeira consideração aos direitos humanos.

Esse capítulo é composto de um único artigo que trata de forma geral, do compromisso dos Estados-partes da Convenção de adotarem providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, com intuito de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

HERKENHOFF (1997, p. 16) ensina que:

A situação de penúria em que se encontram países do Terceiro Mundo cria condições sociais que facilitam sobremaneira os abusos das autoridades públicas contra a pessoa humana. A situação de miséria fabrica os ingredientes que favorecem as violações pessoais. Por outro lado, essa situação de miséria é, por si só, a mais grave violação dos Direitos Humanos porque é uma violação coletiva.

A Convenção não faz menção de nenhum direito econômico, social ou cultural. No entanto, com o intuito de dar maior proteção a estes direitos, seguiu-se o disposto no art.77.1 da própria Convenção, sendo criado, em 1988, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais, e Culturais (Protocolo de San Salvador).

Apesar deste Protocolo Adicional à Convenção trazer em seu bojo um conteúdo que coaduna com o proclamado no artigo 26 da mesma, segundo JAYME (2005,p. 173) esse Protocolo

[...] foi firmado sem merecer muita confiança e certeza de representar algum progresso nestas áreas. Trata-se de uma satisfação moral dos governos às populações alijadas de condições mínimas de existência, de valor meramente teórico, mas que não representa uma conquista em direção à plenitude dos direitos humanos.

Essa afirmação deve ser aceita haja vista que a concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais depende das ações dos Estados e, caso estes não queiram cumprir com o papel assumido no Protocolo, nada poderá ser feito. Assim, é possível que o Protocolo não passe de um instrumento de grande valor moral, mas de pouca efetividade para algum Estado que o assinou e ratificou.

No entanto, essa afirmação atualmente deve ser vista com ressalvas, pois muitos Estados latinos que assumiram tais compromissos estão realmente progredindo, na medida dos recursos disponíveis, para a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura.

No Capítulo IV (art.27 ao art.31) é exposto como será realizada a Suspensão de Garantias, Interpretação e Aplicação da Convenção.

É possível aos Estados – parte na Convenção, em alguns casos graves, suspender temporariamente as garantias e obrigações assumidas por eles

no Pacto, desde que esta suspensão apresente duas características: a) seja compatível com as demais obrigações que lhes impõe o Direito Internacional; b) não contenha qualquer discriminação fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. Os casos graves apontados pela Convenção são: a) em caso de guerra; b) em caso de perigo público; c) em caso de outra emergência que ameace a independência ou segurança dos Estados – parte.

A suspensão temporária das obrigações e sua justificativa devem ser comunicadas imediatamente aos demais Estados – partes da Convenção.

Há direitos, entretanto, que não admitem suspensão em hipótese alguma, haja vista a sua qualidade de direito indispensável à condição humana e social. Desse modo, não podem ser suspensos o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art.3º), o direito à vida (art.4º), o direito à integridade pessoal (art.5º), a proibição da escravidão e da servidão (art.6º), o princípio da legalidade e da retroatividade (art.9º), a liberdade de consciência e religião (art.12), a proteção da família (art.17), direito ao nome (art.18), os direitos da criança (art.19), o direito à nacionalidade (art.20) e os direitos políticos (art.23). Por pior que seja a ameaça à segurança ou independência do Estado, nada justificaria a suspensão de tais direitos, uma vez que tal suspensão feriria as características exigíveis pela Convenção.

Também não poderão sofrer os efeitos da suspensão as garantias judiciais indispensáveis para a proteção de tais direitos. Portanto, não se pode falar em suspensão de garantias relativas ao acesso a justiça, já que este é uma garantia umbilicalmente ligada à proteção dos direitos indispensáveis ao ser humano.

O artigo 28, por sua vez, trata da cláusula federal ou territorial. Quando um Estado-parte é formado como Estado federal, o governo nacional desde Estado-parte cumprirá todas as disposições da Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial (art. 28.1). Quanto às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades competentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua Constituição e com suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento da Convenção (art. 28.2).

Assim sendo, quando tratar-se de um Estado federal, o seu comprometimento com a Convenção, provoca obrigação para todas suas entidades componentes, do mesmo modo que ocorre com um Estado unitário.⁴⁶

O art.29 ao estabelecer algumas regras de interpretação das disposições da Convenção deixa claro, conforme JAYME (2005, p.181) que os

[...] tratados de direitos humanos, por serem especiais em relação aos tratados do direito internacional público geral, têm uma metodologia própria de interpretação, sem desatender às regras gerais previstas no Tratado dos Tratados, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que estabelece as regras gerais.

Estabelece a Convenção que sua interpretação não pode ser no sentido de permitir aos Estados-partes, grupo ou indivíduo, supressão do gozo e do exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista (art. 29.1); nem de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em razão de Convenções em que seja parte um dos aludidos Estados (art. 29. 2).

Do exposto, não se pode olvidar que o Pacto adota o princípio *pro homine* (já explicado), devendo sempre prevalecer à norma mais favorável, ou seja, a que mais amplia o exercício de um direito ou garantia. Destarte, o direito interno dos Estados pode ser aplicado sempre que for mais benéfico que os dispositivos da Convenção, ressaltando sempre o caráter suplementar do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

A Convenção não pode ser interpretada também no sentido de eliminar outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; nem excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza (art.29. 3 e 4)

Excepcionalmente a Convenção permite restrições ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos (art.30). Essas restrições não se confundem com a supressão dos direitos dispostos na Convenção, pois isso é

⁴⁶ Ver mais em: GOMES e MAZZUOLI, 2005. p.179-180.

proibido (art.29); nem se confunde também com a suspensão temporária das garantias e obrigações assumidas pelos Estados-partes, quando da ocorrência de algum caso grave (art.27).

Mas, quais são os direitos que a Convenção admite sua restrição? Segundo o ensinamento de GOMES e MAZZUOLI (2009, p.191): “Basicamente são eles: o *direito de reunião* (art. 15), o de *liberdade de associação* (art. 16, 2 e 3) e o de *circulação e de residência* (art.22, 4)”.

As restrições, entretanto, só podem ser aplicadas se estiverem de acordo com leis (somente as feitas pelo poder legislativo) que forem promulgadas por motivo de interesse geral (bem comum) e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

A Convenção (art. 31) admite que outros direitos possam ser reconhecidos e incluídos no seu rol protetivo, desde que sejam reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos artigos 76 e 77 do Pacto.

O art. 76.1 abre a possibilidade há qualquer Estado-parte, diretamente, e a Comissão e a Corte, por intermédio do Secretário Geral, de submeter à Assembleia Geral, para o que julgarem adequado, proposta de emendas ao Pacto para a ampliação do rol de direitos protegidos. Já o art. 77.1 permite que qualquer Estado-parte e a Comissão submetam à consideração dos Estados-partes reunidos na Assembleia Geral projetos de Protocolos adicionais a Convenção, com o escopo de incluir progressivamente, no regime de proteção da mesma, outros direitos e liberdades. Assim, outros direitos podem ser incluídos no regime de proteção da Convenção por emendas ou protocolos adicionais.

A justificativa para este dispositivo reside no fato de que no transcorrer do tempo novas dimensões de direitos vão surgindo, cabendo aos órgãos protetores de direitos humanos proporcionarem amparo a eles.

Cabe destacar que está norma aponta uma das características dos direitos humanos, que é a inexauribilidade. Conforme MAZZUOLI (2010, p.754) “são os direitos humanos *exauríveis*, no sentido de que têm a possibilidade de expansão, a eles podendo ser acrescidos novos direitos [...]”. Tal pensamento também está consagrado, como já visto, no § 2º do art. 5º da Magna Carta que dispõe que os direitos e garantias nela expressos não afastam outros “decorrentes do regime e dos

princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Por fim, no Capítulo V (art. 32) são mencionados os Deveres das Pessoas. Na primeira parte do art. 32, fica estabelecido que todo ser humano tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade. Assim sendo, a Convenção deixa claro que os deveres de respeito à dignidade da pessoa humana não podem se restringir a esfera familiar e comunitária, devendo alcançar, independentemente da situação, todos os seres humanos.

Na segunda parte do art.32, são postos três limites aos direitos de cada pessoa: a) os direitos das demais pessoas; b) a segurança de todos; c) as justas exigências do bem comum. Tais limites se justificam para a convivência numa sociedade verdadeiramente democrática.

Uma pessoa no exercício de um direito não pode levar ao impedimento o exercício dos direitos de outra pessoa, pois se assim fosse, não seria um direito, mas um instrumento para a criação de classes especiais de pessoas.

6 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

6.1. Organização

No que tange a organização, deve ser compreendido a natureza da Comissão, sua composição e a forma de suas reuniões.

A criação da Comissão aconteceu através da Resolução VIII do 5º Encontro de Consulta de Ministros de Relações Exteriores realizado no ano de 1959 em Santiago, no Chile. Assim, originou-se de resolução e não de tratado (TRINDADE, 2003, p.34-35).

O início de seu funcionamento deu-se no ano seguinte, com a aprovação pelo Conselho da OEA do primeiro estatuto da Comissão e eleição dos seus primeiros membros. De acordo com seu primeiro estatuto, “sua função seria promover os direitos estabelecidos tanto na Carta da OEA, quanto na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.” (MAZZUOLI, 2010, p. 827).

Era, portanto, originariamente órgão somente da OEA. A partir da entrada em vigor do Primeiro Protocolo de Reformas da Carta da OEA, subscrito no ano de 1967 na cidade de Buenos Aires, e em vigor no ano de 1970, a Comissão passou a ser um dos principais órgãos da OEA. Com a entrada em vigor da Convenção passou também a ser órgão desta.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão autônomo, com sede em Washington, pertencente à Organização dos Estados Americanos (OEA), representando todos os seus países membros (art.35 do Pacto).

⁴⁷A Comissão, assim, é tanto um órgão da OEA quanto órgão da Convenção

⁴⁷ RUSSOMANO (1992, p.44) esclarece que “Ao ser criada a Comissão, seus membros representavam todos os Estados americanos. Hoje, por força de emendas sucessivas ao seu Estatuto originário, esse caráter representativo compete a Comissão”. Assim, os membros da Comissão Interamericana não representam nenhum país em particular.

Americana sobre Direitos Humanos.⁴⁸ Ensina MAZZUOLI (2010, p. 827) que ela tem “funções ambivalentes ou bifrontes”, e assim será até que todos os países da OEA ratifiquem a Convenção Americana e aceitem a competência jurisdicional da Corte Interamericana. Enquanto isto não ocorrer, os Estados que não fazem parte da Convenção podem ser acionados pela violação dos direitos descritos na Carta da OEA e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Como não é um órgão jurisdicional ou tribunal a atuação, a CIDH é marcada pela emissão de relatórios internacionais que visam o constrangimento dos Estados Americanos para reparação dos direitos que tenham violado.

A Comissão é composta de sete membros, que sempre deverão ser pessoas de “alta autoridade moral” e de “reconhecido saber em matéria de direitos humanos” (art.34 da Convenção).⁴⁹ Estes membros serão eleitos a título pessoal, pela Assembleia Geral da Organização, que se utilizará de uma lista de candidatos propostas pelos governos dos Estados- membros. O mandato dos membros escolhidos é de quatro anos, sendo possível uma reeleição. É proibido que faça parte da Comissão mais de um nacional de um mesmo país. A escolha dos membros da Comissão é realizada pela Assembleia Geral desde a entrada em vigor da Convenção em 1979, e da aprovação de seu estatuto pela Assembleia Geral, no mesmo ano. O Conselho da OEA, entretanto, pode atuar caso as vagas que ocorrerem na Comissão, não aconteçam devido à expiração normal do mandato. Neste caso, as vagas serão completadas pelo Conselho Permanente da Organização, conforme o que dispuser o Estatuto da Comissão.⁵⁰

A Comissão tem poder para organizar seu estatuto, mas deve submetê-lo à aprovação da Assembleia Geral. Quanto ao seu Regulamento, a Comissão pode ser expedido sem interferência alguma da Assembleia Geral (art.39 da Convenção).

⁴⁸ Suas atribuições em relação aos Estados- membros da OEA estão descritas nos artigos 18 e 20 do seu respectivo Estatuto. Em relação aos Estados- membros da Convenção estão descritas nos artigos 18 e 19 do seu respectivo Estatuto e no artigo 41 da Convenção.

⁴⁹ Participaram da Comissão Interamericana os seguintes brasileiros: Carlos A. Dunshee de Abranches (1964-1983); Gilda Maciel Correa Russomano (1984-1991); Hélio Bicudo (1998-2001); Paulo Sérgio Pinheiro (1/1/2004-31/12/2011).

⁵⁰ Ver arts. 36,37 e 38 da Convenção Americana e arts. 2-15 do Estatuto da Comissão.

A Comissão conta com uma Secretaria que sempre deve dispor dos recursos e do pessoal necessários para cumprir os serviços que lhe forem atribuídos.⁵¹

As reuniões da Comissão Interamericana se realizam em diversas ocasiões do ano, nos Períodos Ordinários e Extraordinários de sessões, de conformidade com seu regulamento (Art.16§3, do Estatuto da Comissão). Os períodos de sessões ordinárias devem ocorrer pelo menos duas vezes ao ano, no tempo previamente fixado. Os períodos de sessões extraordinárias, por sua vez, podem se realizar quantas vezes o órgão em comento avaliar imprescindível. Antes do término do período de sessões, a Comissão definirá a data e o lugar do período de sessões seguintes. De regra, as sessões são concretizadas na sede da Comissão, em Washington. Todavia, a Comissão, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, pode reunir-se em outro lugar, desde que exista a anuência ou haja convite do respectivo Estado. Todo período compor-se-á das sessões que sejam imprescindíveis para o desenvolvimento de suas atividades. A princípio, as sessões serão privadas, no entanto, a Comissão pode determinar o oposto.⁵²

6.2. Funções

A função basilar da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é promover a observância e a defesa dos direitos humanos no território de todos os países da OEA, mesmo que não participem da Convenção.⁵³ Isso se dá por que sua competência, conforme PIOVESAN (2008, p. 247), não somente

[...] alcança todos os Estados-partes da Convenção Americana, em relação aos direitos humanos nela consagrados. Alcança ainda todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, em relação aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948.

⁵¹ Ver art. 40 da Convenção e art. 21 do Estatuto da Comissão.

⁵² Ver art.14 do Regulamento da Comissão.

⁵³ Ver art.41 da Convenção Americana.

Assim sendo, os Estados que não ratificaram a Convenção podem ser supervisionados pela Comissão, não pela violação de direitos consagrados na Convenção, é claro, mas por violações aos direitos humanos previstos na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948. O Brasil, v.g, foi responsabilizado em 1985 (antes de ratificar a Convenção Americana) por violar direitos estabelecidos na Declaração Americana em relação a comunidade indígena Yanomami (GOMES *et all.*, 2000, p.62). Os Estados Unidos e o Canadá, são países que se encontram nessa situação, posto que não ratificaram o Pacto de São José, sendo que o Canadá nem chegou assiná-lo. Ressalta-se, portanto, que esses Estados que não ratificaram a Convenção Americana não estão legalmente sujeitos a observar e respeitar os direitos nela estabelecidos, mas podem ser responsabilizados pela Comissão pelo desrespeito a algum outro tratado internacional sobre direitos humanos a que tenha se comprometido.

No exercício de seu mandato, a Comissão tem as seguintes funções e atribuições, todas estabelecidas no próprio tratado, art. 41:

- a) estimular a consciência dos direitos humanos nos países da América;
- b) formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
- c) preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d) solicitar aos governos dos Estados-membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
- e) atender às consultas que, por meio da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que lhes solicitarem;
- f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e
- g) apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

No site da Comissão (QUAIS SÃO AS FUNÇÕES E ATRIBUIÇÕES DA CIDH? .Disponível em: -<http://www.cidh.org/comissao.htm>) são enumeradas além dessas outras atribuições, senão vejamos:

- a) Receber, analisar e investigar petições individuais que alegam violações dos direitos humanos, segundo o disposto nos artigos 44 a 51 da Convenção;
- b) Observar o cumprimento geral dos direitos humanos nos Estados membros, e quando o considera conveniente, publicar as informações especiais sobre a situação em um estado específico;
- c) Realizar visitas *in loco* aos países para aprofundar a observação geral da situação, e/ou para investigar uma situação particular. Geralmente, essas visitas resultam na preparação de um relatório respectivo, que é publicado e enviado à Assembleia Geral.
- d) Estimular a consciência dos direitos humanos nos países da América. Além disso, realizar e publicar estudos sobre temas específicos como, por exemplo, sobre: medidas para assegurar maior independência do poder judiciário; atividades de grupos armados irregulares; a situação dos direitos humanos dos menores, das mulheres e dos povos indígenas.
- e) Realizar e participar de conferências e reuniões com diversos tipos de representantes de governo, universitários, organizações não governamentais para difundir e analisar temas relacionados com o sistema interamericano de direitos humanos.
- f) Fazer recomendações aos Estados membros da OEA acerca da adoção de medidas para contribuir com a promoção e garantia dos direitos humanos.
- g) Requerer aos Estados membros que adotem “medidas cautelares” específicas para evitar danos graves e irreparáveis aos direitos humanos em casos urgentes. Pode também solicitar que a Corte Interamericana requeira “medidas provisionais” dos Governos em casos urgentes de grave perigo às pessoas, ainda que o caso não tenha sido submetido à Corte.
- h) Remeter os casos à jurisdição da Corte Interamericana e atuar frente à Corte em determinados litígios.
- i) Solicitar “Opiniões Consultivas” à Corte Interamericana sobre aspectos de interpretação da Convenção Americana.

Destarte, para o devido exercício de proteção aos direitos humanos, a Comissão deve receber, bem como analisar e investigar petições individuais que alegam violações desses direitos, sendo sua primeira participação em algum caso. Após receber e analisar a denúncia, caso entenda que houve abuso aos direitos humanos e, não havendo solução amistosa ou resposta satisfatória por parte do Estado acusado, enviará o caso à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, através de um relatório.

Conforme o entendimento de TRINDADE (2003, p. 38), a execução de diversas visitas *in loco* aos países do sistema americano, que tem como objetivo realizar observações gerais ou a investigação de uma situação particular, resultando em diversos relatórios, assenta o referido órgão como um exemplo de supervisão internacional.

Com o escopo de obter maior respeito aos direitos humanos nos povos das Américas, a Comissão prepara palestras, congressos, cursos, conferências e

simpósios dedicados a estimular o entendimento e aplicação do tema, sejam por parte das pessoas físicas, jurídicas ou o Estado.⁵⁴

As recomendações realizadas pela Comissão, assim como as “medidas cautelares” específicas para evitar danos graves e irreparáveis aos direitos humanos em casos urgentes, quando acatadas pelos Estados resultam em modificação ou derrogação de dispositivos legais que se contrapõe a proteção dos direitos humanos. Um exemplo de mudança resultante de recomendações por parte da Comissão é o caso Maria da Penha Maia Fernandes⁵⁵ (instaurado em 1988), que foi espancada diversas vezes pelo seu ex-esposo e depois sofreu uma tentativa de homicídio que resultou na sua paraplegia. A Comissão solicitou ao Estado brasileiro que este concluísse o processo penal que respondia seu ex-esposo, investigasse o motivo da demora injustificada do caso, que demorou mais de 17 anos sem que o judiciário prolatasse uma sentença definitiva, indenizasse a vítima e tomasse medidas para dar maior proteção às mulheres, sendo aprovada em agosto de 2006 a Lei 11.340 ou Lei “Maria da Penha”, fruto, portanto, do pedido da Comissão Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos. Essa lei aumentou as penas e retirou a possibilidade de benefícios dos agressores de mulheres em âmbito doméstico e familiar. É vedada a aplicação de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa, conforme art. 17 da referida lei. Por força do art.41 dessa Lei, a tais crimes não se aplica o rito e benefícios da Lei 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), independentemente da pena. Não se pode olvidar, desse modo, conforme art.6.º da Lei 11.340, que a “violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”.

Cabe salientar ainda, que Comissão, diferentemente dos demais órgãos da OEA (Organização dos Estados Americanos), detém direito incondicional

⁵⁴ Neste sentido, explica MAZZUOLI (2009, p.233) que “Para tanto, é papel da Comissão organizar cursos, seminários, simpósios, e conferências destinadas a estimular, nos Estados e em seus cidadãos, a consciência de que a proteção dos direitos humanos é a meta fundamental da sociedade internacional”. Um exemplo dessa afirmativa é a Competição de Julgamento Simulado do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. É uma competição única e trilingue (inglês, espanhol e português), realizada com o intuito de treinar alunos do curso de direito, ensinando como utilizar o sistema legal interamericano como um fórum legítimo para a reparação desrespeito aos direitos basais do ser humano. (Ver mais em: <http://www.wcl.american.edu/hracademy/mcourt/description.pt.cfm>. Consultado em: 27 de Janeiro de 2010).

⁵⁵ Veja mais em: Comissão IDH. OEA. Relatório Anual 2000. Relatório 54/01. Caso 12051.

de solicitar “Opiniões Consultivas” à Corte Interamericana no tocante a interpretação da Convenção Americana.

6.3. Competência e Processo

O acesso à Comissão Interamericana pode ser feito por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidades não governamentais legalmente reconhecidas em um ou mais Estados-membros da Organização dos Estados Americanos. Esse acesso se dá através da apresentação de petições que contenham denúncias ou queixas de violação da Convenção por um Estado – parte, conforme dispõe o art. 44 do aludido instrumento.

Ao contrário da Corte Europeia que faculta às pessoas violadas nos seus direitos a busca diretamente perante a Corte, a Convenção estabelece a Comissão como único meio para que um indivíduo ou grupo de indivíduos possam acionar a Corte Interamericana em busca da proteção de seus direitos.

Necessário se faz dizer, conforme GOMES e MAZZUOLI (2009, p. 238-239), que as organizações não governamentais (ONGs) de direitos humanos podem apresentar denúncia à Comissão sem que seja necessária a autorização expressa da vítima ou seus familiares, bastando somente que sejam legalmente reconhecidas em um ou mais Estados-membros da OEA. Não há a necessidade, portanto, de a organização possuir sede no Estado- parte por ela acusada.⁵⁶

Além da Comissão os Estados – partes da Convenção também podem denunciar. Conforme dispõe o art. 45 da Convenção, se um Estado - parte quiser denunciar à Comissão Interamericana outro Estado - parte é necessário que este (Estado denunciado) reconheça a competência da Comissão para o recebimento e exame das comunicações de violações dos direitos humanos de sua parte. Essa declaração pode ser feita “no momento do depósito do seu instrumento de

⁵⁶ As petições devem ser enviadas via postal à: COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1889 F STREET, N.W, WASHINGTON, D.C. 20006 – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. A petição também pode ser enviada por fax ao número: (202) 458 –3992. Outro meio de enviar a petição é através da internet através no site da Comissão (www.cidh.oas.org/comissao.htm); conforme GOMES e MAZZUOLI (2009, p. 238-239).

ratificação à Convenção, ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior”. Sem a realização da declaração pelo Estado – parte, a Comissão não aceitará comunicação alguma contra este Estado. As declarações referentes ao reconhecimento de competência podem ser feitas para que esta “vigore por tempo indefinido, por período determinado ou para casos específicos”.

Para que a petição ou comunicação da transgressão dos compromissos instituídos na Convenção Americana (oferecida de acordo com os artigos 44 ou 45) seja admitida pela Comissão, ela deve estar em consonância os requisitos previstos no art.46.1 da Convenção. Destarte, em regra, para a interposição da petição é necessário que tenha sido esgotado todos os recursos da jurisdição interna, respeitando-se, é claro, os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos. O esgotamento de recursos internos, porém, é um requisito que comporta relativização, uma vez que, nos termos do art.31.2 do Regulamento da Comissão, se torna prescindível quando:

a) não exista na legislação interna do Estado de que se trate o devido processo legal para a proteção do direito ou dos direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se tenha permitido ao suposto lesado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou haja ele sido impedido de esgotá-los; c) haja atraso injustificado na decisão sobre os mencionados recursos.

Em caso de impossibilidade de acesso à justiça em razão de ausência de elementos econômicos ou em função de medo comum a sua comunidade, também não existirá a regra do esgotamento dos recursos internos.

O segundo requisito, de regra, imprescindível é apresentação da petição dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva, ou seja, do esgotamento dos recursos da jurisdição interna. Todavia, a vítima não terá este prazo, quando se tratar de um caso em o esgotamento dos recursos internos não seja exigido, lhe restando à incumbência de oferecer a petição dentro de um prazo plausível. Conforme art. 46.2 da Convenção, não se aplica este requisito nas mesmas hipóteses do anterior (TEIXEIRA, AMARAL, 2009, p. 11).

Mais um requisito exigido para a aceitação da petição na Comissão Interamericana é que não exista litispendência internacional ou coisa julgada

internacional. Dessa maneira, a matéria da petição ou comunicação não pode estar pendente em outro processo de solução internacional.

Outro requisito é que, em se tratando das pessoas referidas no artigo 44, a petição deverá contemplar o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da do(s) denunciante(s) ou do representante(s) legal (is) da entidade que submeter a petição. A petição deve também deverá conter uma relação do fato ou situação denunciada, com especificação do lugar e data das violações alegadas, e “se possível, o nome da vítima, bem como qualquer autoridade pública que tenha tomado conhecimento do fato ou situação denunciada” (Art.28 do Regulamento da Comissão).

Conforme o disposto no artigo 47 da Convenção, a petição apresentada conforme os art.44 ou 45 do aludido instrumento será declarada inadmissível pela Comissão quando não preencherem os requisitos estabelecidos no artigo 46; não propalarem fatos que caracterizem violação dos direitos afiançados por este Pacto; pela apresentação do próprio peticionário ou do Estado, for claramente infundada a petição ou comunicação, sendo caso de total improcedência; ou “for substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional”.

No momento em que receber a petição a Comissão reconhecerá ou não sua admissibilidade. Caso a reconheça, requererá informações ao Estado acusado dos abusos aos direitos humanos, mencionando as partes relacionadas da petição ou comunicação, conforme art.48, 1, a, Convenção.

Se a Comissão tiver intuito de levar o caso a Corte, deverá antes, caso exista uma informação ou prova superveniente que demonstre a inaptidão da petição ou comunicação, poderá a Comissão declarar sua a inadmissibilidade ou improcedência (art.48, 1, c, Convenção). Não sendo situação de arquivamento de expediente e, objetivando atestar os fatos, a Comissão Interamericana, com conhecimento das partes, realizará um exame do assunto exposto na petição ou comunicação. Se for imperativo e adequado, conforme estabelecido no art. 48, 1, “d”, “a Comissão procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os Estados interessados lhe proporcionarão todas as facilidades necessárias”.

Decidida pela admissibilidade da petição, inicia-se a fase da conciliação, no qual as partes (vítima e Estado) têm a chance de conversarem e chegarem a um acordo. Conforme disposto no art.48, 1, f, da Convenção, a Comissão Interamericana se assentará a disposição das partes interessadas, buscando obter uma solução amigável, fundada no respeito aos direitos fixados no Pacto de São José da Costa Rica. A solução atualmente pode se dar a qualquer momento e não só nesta fase.

A fase conciliatória, apesar de ainda não ser tão bem aproveitada, proporciona um benefício, tanto para a vítima, que terá o azo de uma decisão mais célere e acompanha por um órgão autônomo internacional; quanto os Estados, que se livrariam, de plano, de uma possível condenação internacional por transgressão aos direitos basais do ser humano.⁵⁷

Se ocorrer a solução amistosa, a Comissão redigirá um relatório, contendo uma breve exposição dos fatos e da solução que, conforme dispõe o art. 49 da Convenção, deverá ser “encaminhado ao peticionário e aos Estados – partes” na Convenção e “posteriormente transmitido, para sua publicação, ao Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos”.

No entanto, segundo informa o art. 50 da Convenção, em não acontecendo a almejada à solução amistosa, e dentro do prazo que for estabelecido pelo Estatuto da Comissão, a mesma deverá redigir um relatório, que conterá a exposição dos fatos e suas respectivas conclusões. Quando for enviar o relatório, a Comissão poderá também formular “as proposições e recomendações que julgar adequadas” objetivando uma ação por parte do Estado acusado⁵⁸.

Em complemento, dispõe o art. 51 da Convenção,

Artigo 51 - 1. Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir,

⁵⁷ O primeiro caso de solução amistosa envolvendo o Estado brasileiro ocorreu em 2003, sendo resultado de uma petição apresentada perante a Comissão Interamericana, em 1994, pelo CEJIL e pela Comissão Pastoral da Terra (CPT). O caso denominado de “Caso José Pereira” constitui um marco em defesa dos direitos humanos, uma vez que o Brasil se comprometeu a investigar o ocorrido, julgar e punir os culpados, e pagar indenizações às vítimas.

⁵⁸ MAZZUOLI (2009, p.254) explica: “O prazo estabelecido pela Convenção (art.51,1) para que o Estado cumpra as recomendações elaboradas pela Comissão no relatório é de 3 (três) meses.”

pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração.

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

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

Conforme dispõe o art. 25 do Regulamento da Comissão, toda vez que existir um caso de gravidade e urgência⁵⁹, e sempre que imprescindível segundo a informação disponível, a Comissão poderá, “por iniciativa própria ou a pedido da parte, solicitar que um Estado tome medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis”. O dano irreparável não se refere somente a pessoas, mas também a objetos do processo, estando ele já iniciado ou ainda em fase de petição. Ainda que a Comissão não esteja reunida, é possível a aplicação dessa medida pelo Presidente da Comissão, ou um dos Vice-Presidentes, que consultará os demais membros a respeito da aplicação da medida.

A Comissão, conforme art. 76 de seu Regulamento, também pode solicitar que a Corte determine “medidas provisórias” aos Estados acusados, em casos urgentes de grave perigo, num assunto que ainda não se tenha iniciado o processo perante a mesma. As medidas provisórias podem ser determinadas de ofício pela Corte, ou a requerimento da Comissão Interamericana. Assim, “Se a lide está em análise na Comissão, ela é enviada a Corte para a determinação da medida – que é feita apenas se o país envolvido reconheceu sua jurisdição” (DIREITO internacional do século XXI: integração, justiça e paz, Org. D’ANGELIS, 2003, p. 267). Em complemento, diz a mesma autora que (2003, p. 266), “Como condição para a sua concessão, a vítima deve ser identificada e meras indicações de existência da gravidade e urgência são suficientes, sem condições de comprovações substanciais”.

⁵⁹ Dois exemplos são as medidas cautelares 224/09, referente a adolescentes internados na Unidade de Internação Sócioeducativa (UNIS), e a 236/08, referente a Pessoas Privadas da Liberdade na Penitenciária Polinter - Neves, ambos contra o Estado brasileiro. Veja mais em: <http://www.cidh.oas.org/medidas/2009.sp.htm> .

7 CORTE INTERAMERICANA

7.1 Organização

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão judicial autônomo que possui sede na cidade de San José, na Costa Rica. É, assim, um órgão jurisdicional ou tribunal, cuja atuação é caracterizada pela emissão de opiniões consultivas e sentenças condenatórias aos Estados, buscando a reparação dos direitos previstos na Convenção Americana que tenham violado.

Sua origem ocorreu através do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana), tendo como objetivo aplicar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e interpretar a mesma, bem como outros tratados de direitos humanos ratificados pelos países do continente americano. Ao lado da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, é o principal órgão do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH). Diferente da Comissão Interamericana que também é órgão da OEA, a Corte Interamericana é órgão exclusivamente da Convenção Americana.

A Corte é composta por sete juízes, nacionais dos Estados – Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), eleitos a título pessoal entre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que apresentam as condições exigidas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os escolher como candidatos. Não deve haver mais de um juiz da mesma nacionalidade (art.52, inciso I e II da Convenção).

Os juízes que fazem parte da Corte são eleitos em votação secreta, pelo voto da maioria absoluta dos Estados - Membros na Convenção, na Assembleia Geral da Organização, a partir de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados e terão mandato de seis anos, cabendo só uma reeleição. (art.53, da Convenção).⁶⁰Caso ocorra a extinção do mandato por alguma hipótese anormal,

⁶⁰ Um destaque na Corte foi o juiz Antônio Augusto Cançado Trindade (1995-2006), que permaneceu como presidente de 1999 até 2003.

como morte, renúncia incapacidade permanente, ou remoção dos juízes, as vagas serão ocupadas por outro juiz eleito para substituir o que perdeu o mandato, completando o período deste (art.54, da Convenção). O quórum para as deliberações da Corte é constituído por cinco juízes (art.56, da Convenção Americana). As decisões da Corte serão tomadas pela maioria dos juízes presentes e, em caso de empate, o Presidente terá o voto de qualidade (Art.23, Estatuto da Corte).

No ano de 2010 entrou em vigência o novo regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que foi aprovado em setembro de 2009 em LXXXV período ordinário de sessões 61. Uma das boas inovações que trouxe foi a criação da figura do Defensor Interamericano, que deverá comparecer a Corte durante tramitação do caso, quando as supostas vítimas não encontrarem representação legal devidamente credenciada, podendo a Corte nomeá-los de ofício (art.37 do Regulamento da Corte).

Outra importante inovação refere-se à possibilidade de um juiz atuar em julgamento do qual seja nacional de algum dos Estados - partes no conflito. Antes do novo Regulamento, o juiz, que fosse nacional de algum dos Estados - partes em caso submetido à Corte, conservaria o seu direito de conhecer do mesmo. No entanto, ocorrendo tal situação, o outro Estado - parte no mesmo caso poderia instituir uma pessoa de sua escolha para integrar a Corte, na qualidade de juiz *ad hoc*, desde que o indicado reunisse as mesmas condições de elegibilidade de um juiz da Corte. Agora, de acordo com o artigo 19 do novo Regulamento da Corte, os Juízes não poderão participar do seu conhecimento e deliberação quando sejam nacionais do Estado demandado. Nos casos surgidos de comunicações em que um Estado- parte alegue que outro Estado- parte incorreu em violações dos direitos humanos estabelecidos na Convenção Americana, os Juízes nacionais poderão participar do seu conhecimento e deliberação. Se quem exercer a Presidência for nacional de uma das partes no caso, abdicará o exercício da mesma. O artigo 20 do Regulamento permite a existência de juiz *ad hoc* somente em casos interestatais, ou seja, os casos originados em comunicações entre Estados.

⁶¹ Veja mais em: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. Novo Regulamento da Corte Interamericana. Disponível em: http://www.direitoshumanos.etc.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8894:novo-regulamento-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos&catid=33:onuoea&Itemid=157.

É facultado a um país que faz parte da OEA e não da Convenção Americana, como já dito, ter membros na Corte. Basta somente que um Estado proponha como candidato uma pessoa deste país e que este candidato conquiste os votos da maioria absoluta dos Estados - Membros na Convenção. Os Estados Unidos servem como exemplo, pois mesmo não fazendo parte do Sistema Interamericano, já que até o momento não ratificaram a Convenção, podem ter juízes na Corte ou Comissão, uma vez que participam da OEA.

7.2. Funções, Competência e Procedimento

Os idiomas oficiais da Corte são os mesmos adotados pela OEA, ou seja, o espanhol, português, inglês e o francês. Os idiomas de trabalho serão os que a Corte escolha a cada ano. No entanto, conforme o art. 22 do Regulamento da Corte para um caso especial, faculta-se aceitar também como idioma de trabalho o do Estado demandado ou, dependendo do caso, o do Estado demandante, sempre que seja oficial.

A Corte Interamericana possui função (ou competência) consultiva e contenciosa. Estas competências são reveladas explicitamente no art. 2 do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos que declara que Corte exerce função “jurisdicional” e “consultiva”. No que tange a sua competência jurisdicional, é disciplinada pelas disposições dos artigos 61, 62, e 63 da Convenção e, sua função consultiva, rege-se pelas disposições do artigo 64 da Convenção.

A competência contenciosa é a função jurisdicional da Corte. O art.61 da Convenção estabelece que somente os Estados - partes e a Comissão Interamericana possuem direito de submeter um caso à decisão da Corte. Portanto, inexistente a possibilidade de um particular ou uma instituição privada entrar com um pedido diretamente na Corte. Essa situação diferencia a Corte Interamericana da Corte Europeia que, após as reformas pelos Protocolos 9 e 11 possibilita às pessoas violadas nos seus direitos a capacidade processual para buscar sua reparação diretamente, não precisando de nenhum órgão que funcione como intermediador ou etapa preliminar (TRINDADE,2003, p. 138 a 147).

Ao tratar da competência contenciosa da Corte é importante esclarecermos quem são os legitimados para pedi-la, as regras de competência processual, as regras descritas na própria Convenção, sua finalidade e como funciona a aplicação de suas sentenças.

Antes de qualquer denúncia chegar a Corte, obrigatoriamente deve passar pela Comissão Interamericana, que se constitui, assim, como uma etapa preliminar da Corte. Recebida uma denúncia ou comunicação, a Comissão analisará se é ou não admissível, devendo declará-la inadmissível caso não preencha os requisitos exigidos (arts.47 e 48.3).Iniciado o processo na Comissão, este concluirá com: a) arquivamento, quando recebidas as informações, ou transcorrido o prazo fixado sem que sejam elas recebidas, não existirem ou não subsistirem os motivos da petição ou comunicação (art.48.2); c) acordo (solução pacífica) (art.48.6 e art.49); ou c) reconhecimento de violação por parte de um direito previsto na Convenção pelo Estado (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p.131).

Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário, de regra, que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 aos 50 da Convenção (art.54 do Regulamento da Comissão). Um destes processos refere-se à questão da necessidade de esgotamento dos recursos internos antes de se levar uma petição a Comissão Interamericana e, se for o caso, está levar o conflito para solução pela Corte. A avaliação do esgotamento dos recursos internos será feita pela Comissão Interamericana quando esta averiguar os requisitos de admissibilidade da petição ou comunicação. Contudo, a regra do esgotamento dos recursos internos, conforme SILVEIRA (2010, p.315,317)

[..] deve ser conjugada com a obrigação dos Estados promoverem recursos internos adequados e úteis a garantir a reparação dos danos porventura causados aos indivíduos.

[..] caso seja vislumbrada a inadequação desses recursos, o Estado poderá responder duplamente, ou seja, pela violação inicial e por não prover ao indivíduo meio adequado e eficaz de reparar o dano causado.

Essa regra revela o caráter suplementar do Sistema Interamericano. De regra, por respeito ao princípio da soberania Estatal, deve ser permitido que o Estado tente resolver a violação do direito internamente e, somente em caso de fracasso estatal na provisão de justiça, o caso deve ser submetido a Corte. No

entanto, se o Estado não cumprir com o seu papel, a busca pela justiça não se limita a ele, sendo o mesmo responsabilizado pela sua inadmissível falha quanto à obrigação de ofertar ao cidadão órgãos para a aplicação de seus direitos de modo justo e rápido.

Para o exercício da competência contenciosa, a Corte também deve observar regras de competência processual.

A competência *material* contenciosa (jurisdicional) da Corte Interamericana restringe-se aos direitos previstos na Convenção Americana. Assim, ao atuar sua competência jurisdicional, a Corte só pode penalizar Estados violadores dos direitos elencados na Convenção Americana. Nisto, difere da competência consultiva que abrange não só os direitos descritos na Convenção, como os descritos em outros tratados de direitos humanos na América.

Como só os Estados – partes que aceitaram a competência jurisdicional da Corte podem ser acionadas por ela, sua competência *territorial* jurisdicional abrangem somente os 21 Estados que reconhecem a jurisdição da Corte Interamericana.

Os legitimados para acionar a competência contenciosa da Corte são os Estados – parte da Convenção e a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Atualmente, dos 25 Estados ratificaram a Convenção, somente os países que reconhecem a jurisdição da Corte podem ser acionados em casos apresentados pela perante a Corte.

Pela leitura do art. 62.1 da Convenção, a atuação da competência da Corte nos casos que relativos à interpretação (função consultiva) ou aplicação (função contenciosa) da Convenção necessita de aceite expreso por parte dos Estados – partes da Convenção. Desse modo, a competência da Corte para conhecer de qualquer caso só existe se os Estados - partes no caso tiverem reconhecido ou venham a reconhecer, seja por declaração especial (art.62.1 e 2 do Pacto) ou por convenção especial (art.62.3 do Pacto), a sua realidade.

Conforme redação do art.62.2 da Convenção “A declaração de aceitação da competência pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos”. No entanto, se o Estado aceitar a competência contenciosa da Corte deverá aceitar suas decisões,

sendo impossível a retratação. Caso o Estado não tenha mais intenção de continuar aceitando a jurisdição da Corte, terá o dever de denunciar por completo a Convenção Americana. Entretanto, como bem elucida JAYME (2005, p.92):

O Estado, mesmo quando denuncia a Convenção, mantém-se vinculado a ela, por força do art.78.2, que estipula o prazo de um ano de carência, para que a retirada os efeitos jurídicos pretendidos. Desta maneira, neste período, a jurisdição da Corte é plena. Além disso, como os efeitos da retirada de um Estado são *ex nunc*, isto é, não retroagem, os casos ocorridos antes do prazo de carência da denúncia continuam sob a jurisdição da Corte.

Assim, a Corte tem competência temporal para todos os casos posteriores ao aceite de sua jurisdição e para os casos sucedidos antes do prazo de carência da denúncia. Assim sendo, a Corte não tem competência para as agressões aos direitos consagrados na Convenção ocorridos após o efeito da denúncia.

Desde o início do procedimento contencioso, por meio da Comissão ou de um dos Estados - partes, a Comissão comparecerá em todos os casos perante a Corte (art.57, da Convenção). Trata-se de uma espécie de Ministério Público do Sistema Interamericano (GOMES e MAZZUOLI, 2009, p.261).

Deve mencionar também que a Corte pode de ofício ou por pedido da Comissão determinar medidas provisórias, que se assemelham a uma antecipação dos efeitos da tutela, conforme art. 27 do Regulamento da Corte.

Na atuação da competência contenciosa, uma das etapas finais é a emissão de uma sentença, que precisa ser fundamentada, sob pena de não ter validade (art. 66.1 da Convenção). Por isso, elas devem ser claras, sem omissões, obscuridades ou ambiguidades. Havendo divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, qualquer uma das partes envolvida no litígio tem a faculdade de pedir que a própria Corte interprete a sentença. O pedido, porém, deve ser apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença, sob pena de decadência (art. 67 da Convenção). Quando a sentença demonstrar, ainda que em parte, divergência de opinião entre os juizes, qualquer um deles terá direito a que se acrescente à sentença o seu voto dissidente ou individual. (art. 66.2 da Convenção).

A sentença emitida pela Corte é caracterizada pela sua definitividade e inapelabilidade (art. 67 da Convenção). Com relação a primeira característica, percebe-se que a sentença proferida pela Corte tende a imutabilidade, ou seja, é irrevogável. Se proferida a sentença o tribunal não pode mais retratar-se da deliberação.⁶²No que tange a sua inapelabilidade, infere-se na impossibilidade de meios recursais, tanto perante a própria Corte, quanto diante das demais instâncias supranacionais. Como consequência destas características, tem-se o entendimento que a partir da publicação, a decisão da Corte faz coisa julgada formal e material (JAYME, 2005.p.95).

Se a Corte decidir que existiu violação de um direito ou liberdade consagrado na Convenção, determinará que se assegure ao lesado o gozo do seu direito ou liberdade violada. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte prejudicada (art.63.1 da Convenção). Isso é feito na sentença, daí a sua importância e a necessidade de obediência as regras de sua elaboração.

A sentença proferida pela Corte deve ser cumprida espontaneamente pelos Estados - partes na Convenção, em todos os litígios no qual façam parte, uma vez que assumiram tal compromisso (art.68, da Convenção). Desse modo, as sentenças proferidas pela Corte têm aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico do Estado condenado, tendo este o dever de obedecê-la. Essa sentença é internacional e não estrangeira e por isso não precisa de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

O art.68.2 da Convenção possibilita que a parte da sentença que determinar indenização compensatória possa ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado. Portanto, caso a sentença não seja cumprida espontaneamente e se tratar de condenação a pagar indenização, esta será executada como sentença nacional contra a Fazenda, independentemente de homologação.

⁶² Nesse sentido, GOMES e MAZZUOLI ensinam que: “Em outras palavras, uma vez proferida uma determinada sentença o tribunal não mais pode voltar atrás na sua decisão, reformando-a ou modificando-a de qualquer maneira. Trata-se do princípio da irretratabilidade das sentenças no sistema interamericano de direitos humanos” (2009, p. 311,312).

Quando prolatar uma sentença, a Corte deve notificá-la primeiro às partes envolvidas no conflito (vítima e Estado processado) e, depois, transmiti-la aos Estados - partes na Convenção (art.69 da Convenção). Havendo condenação ao Estado e, após este receber a sua notificação, terá a obrigação de esforçar-se para cumprir de imediato à decisão. Se o Estado se manter inerte e indiferente, poderá ser alvo de uma nova responsabilização internacional na Corte Interamericana, posto que isto contrária o art. 8.1 da Convenção Americana, por exemplo.

Em todo período ordinário de sessões, a Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização, um relatório sobre as suas atividades no ano anterior. Neste relatório serão feitas recomendações pertinentes, e indicação dos casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças. (art.65, da Convenção). Conforme o escólio de GOMES e MAZZUOLI estes relatórios têm duas finalidades: a) comunicar à OEA a respeito dos trabalhos realizados pela Corte, uma vez que a Corte Interamericana é órgão exclusivamente da Convenção Americana e não da própria OEA; b) proporcionar publicidade internacional aos atos e manifestações do tribunal, haja vista a necessidade de serem expostos para toda a sociedade global (2009, p.308).

A competência consultiva é a função interpretativa da Corte, que é realizada principalmente através de opiniões consultivas.

Ao tratar da competência consultiva da Corte é importante que fique esclarecido quem são os legitimados para pedi-la, sua importância e as regras de competência (sentido processual) no que diz respeito à atuação da Corte nessa relevante função.

São legitimados para acionar a competência consultiva da Corte os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), uma vez que podem consultar a Corte sobre a interpretação da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também são legitimados para consultá-la, no que lhes compete, os órgãos descritos no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires (art.64.1 do Pacto).⁶³E ainda cabe dizer que através do

⁶³ São órgãos da OEA: a) Da Assembleia Geral; b) Da Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores; c) Dos Conselhos; d) Da Comissão Jurídica Interamericana; e) Da Comissão

pedido de um Estado-membro da Organização, a Corte poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas ⁶⁴e os mencionados instrumentos internacionais (art.64.2 do Pacto).

Desse modo, a Corte, segundo JAYME (2005, p.108)

[...] no exercício da função consultiva, realiza a interpretação de normas da própria Convenção ou de quaisquer outros tratados relativos a direitos humanos (art.64.1), ou de uma lei interna de um Estado em face da Convenção.

Devido ao grande número de legitimados para pedir sua consulta, a Corte Interamericana é considerada a corte internacional de maior magnitude com relação à função consultiva. Em decorrência desse destaque na função de dar pareceres, ela é diferenciada dos demais tribunais internacionais, sendo levada a altos patamares de respeito internacional. ⁶⁵

Para o exercício da competência consultiva, a Corte também deve observar regras de competência processual.

A competência *material* consultiva da Corte abrange todos os direitos descritos na Convenção Americana, bem como os dispostos em outros tratados de direitos humanos. Fora destes direitos não é possível dar parecer algum.

Em razão de todo país membro da OEA ter o direito de solicitar um parecer da Corte, sua competência *territorial* consultiva abrange todos eles.

No que diz respeito à competência *temporal* consultiva, a Corte a tem para todos os casos posteriores ao aceite de sua jurisdição e para os casos ocorridos antes do prazo de carência de eventual denúncia.

Interamericana de Direitos Humanos; f) Da Secretaria - Geral; g) Das Conferências Especializadas; e h) Dos Organismos Especializados.

⁶⁴ O art.2º da Convenção dispõe que “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.”

⁶⁵ Um exemplo dessa diferenciação se encontra na Corte internacional de Justiça, onde apenas a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança e, em certas condições, outros órgãos e organismos especializados da Organização estão legitimados a pedir opinião consultiva; sendo impossibilitados os Estados-membros (art. 96 da Carta das Nações Unidas).

Uma vez recebido um pedido de parecer consultivo (seja referente a interpretação da Convenção, outros tratados ou de leis interna), o Secretário enviará cópia deste a todos os Estados membros, à Comissão, ao Conselho Permanente por intermédio da sua Presidência, ao Secretário Geral e aos órgãos da OEA a cuja esfera de competência se refira o tema da consulta, se for pertinente. (art. 73.1 do Regulamento da Corte). A emissão dos pareceres consultivos será regida pelo disposto no artigo 67 do Regulamento da Corte e conterá: a. o nome de quem presidir a Corte e dos demais Juízes que o tiverem emitido, do Secretário e do Secretário Adjunto; b. os assuntos submetidos à Corte; c. uma relação dos atos do procedimento; d. os fundamentos de direito; e. o parecer da Corte; f. a indicação de qual é a versão autêntica do parecer (art. 75.1 e 2 do Regulamento da Corte). O Juiz que houver participado da emissão de um parecer consultivo tem direito a acrescentar-lhe seu voto concordante ou dissidente, o qual deverá ser fundamentado. Esses votos deverão ser apresentados no prazo fixado pela Presidência para que possam ser conhecidos pelos Juízes antes da comunicação do parecer consultivo (art. 75.3 do Regulamento da Corte).

Cabe dizer ainda que, conforme disse a Corte Interamericana (veja anexo II), mesmo que tenha ocorrido o cumprimento dos requisitos exigidos do art. 64 da Convenção, a Corte não está obrigada a respondê-la. Portanto, para “determinar a procedência da consulta, o Tribunal deve ter presente considerações que transcendam questões meramente formais e que se relacionem com as características que reconheceu no exercício da sua função consultiva”.

7.3. Análise dos Principais Casos Contra o Brasil na Corte Interamericana

O Brasil já sofreu cinco ações na Corte, resultando em quatro condenações até o momento. A última condenação do Estado brasileiro foi no caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”), o qual será tratado em um tópico à parte.

A primeira demanda apresentada pela Comissão contra o Brasil ocorreu em 1 de outubro de 2004, referente ao caso 12.237, conhecido como caso

Damião Ximenes Lopes. O caso referido resultou na primeira condenação internacional do Brasil em 4 de julho de 2006.

O fato ensejador da condenação do Estado brasileiro foi a morte de Damião Ximenes Lopes, paciente com problemas mentais de uma clínica de tratamento psiquiátrico localizada em Sobral, no Ceará. O falecimento ocorreu em 4 de outubro de 1999 na Casa de Repouso dos Guararapes após três dias de internação, em decorrência de maus-tratos e agressões por parte dos funcionários da clínica. Soma-se a este fato o descaso das autoridades brasileiras na investigação e punição dos agressores, estando ausentes, dessa forma, direitos basais de garantia judiciais.

Na Sentença, a Corte decidiu por unanimidade

1. Admitir o reconhecimento parcial de responsabilidade internacional efetuado pelo Estado pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, nos termos dos parágrafos 61 a 81 da presente Sentença. (destaque nosso) (Corte IDH. Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006). (“grifo nosso”)

A sentença declarou, por unanimidade, que o Estado brasileiro transgrediu o direito a integridade pessoal garantido no artigo 5 da Convenção, bem como os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da mesma, em detrimento dos familiares do senhor Damião Ximenes.

Por fim, dispôs a Corte, por unanimidade, que

6. O Estado deve garantir, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos, nos termos dos parágrafos 245 a 248 da presente Sentença.

7. O Estado deve publicar, no prazo de seis meses, no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional, uma só vez, o Capítulo VII relativo aos fatos provados desta Sentença, sem as respectivas notas de pé de página, bem como sua parte resolutiva, nos termos do parágrafo 249 da presente Sentença.

8. O Estado deve continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência

mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria e aqueles dispostos nesta Sentença, nos termos do parágrafo 250 da presente Sentença.

9. O Estado deve pagar em dinheiro para as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, no prazo de um ano, a título de indenização por dano material, a quantia fixada nos parágrafos 225 e 226, nos termos dos parágrafos 224 a 226 da presente Sentença.

10. O Estado deve pagar em dinheiro para as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e para os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, no prazo de um ano, a título de indenização por dano imaterial, a quantia fixada no parágrafo 238, nos termos dos parágrafos 237 a 239 da presente Sentença.

11. O Estado deve pagar em dinheiro, no prazo de um ano, a título de custas e gastos gerados no âmbito interno e no processo internacional perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a quantia fixada no parágrafo 253, a qual deverá ser entregue à senhora Albertina Viana Lopes, nos termos dos parágrafos 252 e 253 da presente Sentença.

12. Supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença e dará por concluído este caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto nesta Sentença. No prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte relatório sobre as medidas adotadas para o seu cumprimento. (Corte IDH. Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006). (“grifo nosso”).

Em 2007, o Brasil cumpriu a decisão de indenizar e liberou o pagamento de R\$250 mil à família da vítima. Já a condenação dos responsáveis ocorreu em 2009, onde os seis responsáveis, tantos os médicos quanto os enfermeiros, foram condenados pelo crime de maus tratos a pena de 6 anos de reclusão. (ARAS, 2010, sem pagina).

A segunda demanda contra a República Federativa do Brasil ocorreu em 13 de janeiro de 2005, referente ao caso 12.058, também chamado de caso Gilson Nogueira de Carvalho. A denúncia foi recebida na Secretaria da Comissão em 11 de dezembro de 1997.

A motivação para a denúncia foi à presumida falta de investigação e punição para os responsáveis pelo assassinato do advogado Francisco Gilson Nogueira de Carvalho, um advogado que realizava um trabalho de defesa aos direitos humanos e que denunciava os crimes perpetrados pelos “meninos de ouro”, um suposto grupo de extermínio composto por policiais civis e outros funcionários estatais (Corte IDH. Caso Nogueira de Carvalho e Outro *Versus* Brasil. Sentença de 28 de Novembro de 2006).

A Comissão pedia perante a Corte a responsabilização do Estado brasileiro pela transgressão dos artigos 8 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção

judicial) da Convenção, com relação à obrigação estabelecida no artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) do mesmo instrumento, em favor de Jaurídice Nogueira de Carvalho e Geraldo Cruz de Carvalho, as supostas vítimas (Corte IDH. Caso Nogueira de Carvalho e Outro Versus Brasil. Sentença de 28 de Novembro de 2006).

O Brasil alegou como exceções preliminares a falta de competência *ratione temporis* e o não esgotamento dos recursos da jurisdição interna do Estado.

A Corte, conforme parágrafo 80, lembrou que

[...] compete aos tribunais do Estado o exame dos fatos e das provas apresentadas nas causas particulares. Não compete a este Tribunal substituir a jurisdição interna estabelecendo as modalidades específicas de investigação e julgamento num caso concreto para obter um resultado melhor ou mais eficaz, mas constatar se nos passos efetivamente dados no âmbito interno foram ou não violadas obrigações internacionais do Estado decorrentes dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana. (Corte IDH. Caso Nogueira de Carvalho e Outro Versus Brasil. Sentença de 28 de Novembro de 2006). (“grifo nosso”)

Desse modo, a Corte, conforme paragrafo 82 da sentença, por unanimidade, declarou que

1. Desconsidera as duas exceções preliminares interpostas pelo Estado, em conformidade com os parágrafos 40 a 46 e 50 a 54 da presente Sentença.
2. Em virtude do limitado suporte fático de que dispõe a Corte, não ficou demonstrado que o Estado tenha violado no presente caso os direitos às Garantias Judiciais e à Proteção Judicial consagrados nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pelas razões expostas nos parágrafos 74 a 81 da presente Sentença. (Corte IDH. Caso Nogueira de Carvalho e Outro Versus Brasil. Sentença de 28 de Novembro de 2006). (“grifo nosso”)

E, por fim, decidiu por unanimidade arquivar o expediente. Esta segunda demanda, portanto, não resultou em condenação do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos.

A segunda condenação do Brasil é resultado de uma denúncia apresentada pela Comissão em 24 de dezembro de 2007, relativa ao caso 12.478, denominado Sétimo Garibaldi. A denuncia foi apresentada em 6 de maio de 2003, em favor do senhor Sétimo Garibaldi e seus familiares, por três organizações:

Justiça Global, Rede Nacional de Advogados e Advogados Populares (RENAP) e Movimento Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST).

O objeto da demanda foi a ausência de providencias por parte do Estado brasileiro para investigar e responsabilizar os autores do homicídio de Sétimo Garibaldi, ocorrido em novembro de 1998, no Estado do Paraná. A morte do senhor Garibaldi ocorreu numa “operação extrajudicial de despejo das de trabalhadores sem terra, que ocupavam uma fazenda no Município de Querência do Norte” (Corte IDH. Caso Garibaldi Vs. Brasil. Sentença de 23 de setembro de 2009). O caso foi arquivado sem ninguém ser responsabilizado.

Além de contestar o mérito da demanda, Estado brasileiro arguiu quatro exceções preliminares, dentre elas a de incompetência temporal, sendo esta acolhida parcialmente e as demais rejeitadas. Quanto à incompetência temporal alegou o Brasil que o delito ocorrera em novembro de 1998 e a competência jurisdicional da Corte somente foi aceita em dezembro de 1998, o que a impossibilitaria de conhecer do caso, uma vez que tal aceitação era para casos posteriores ao seu reconhecimento, com fundamento do princípio da irretroatividade.

A Corte expressou o entendimento de que quanto à violação do direito à vida e à integridade pessoal não se manifestaria, uma vez que se tratava de violações ocorridas antes do reconhecimento de sua competência. Entretanto, conforme parágrafo 23 da Sentença, a Corte declarou-se competente para julgar os “fatos e possíveis omissões relacionadas com a investigação da morte do senhor Garibaldi que ocorreram sob a competência temporal do Tribunal, ou seja, posteriormente a 10 de dezembro de 1998” (Corte IDH. Caso Garibaldi Vs. Brasil. Sentença de 23 de setembro de 2009).⁶⁶

Nos parágrafos 24 e 25 da sentença, a Corte aceita parcialmente esta exceção preliminar, no tocante a indicação das vítimas, uma vez que isto era de competência da Comissão. Assim, a Corte somente se referiu as violações ocorridas

⁶⁶ Completando o entendimento, no mesmo parágrafo, a Corte concluiu que “Com efeito, o Brasil ratificou a Convenção Americana em 1992, seis anos antes da morte do senhor Garibaldi. Portanto, o Estado encontrava-se obrigado, desde essa data, a cumprir a totalidade das obrigações emanadas da Convenção, entre outras, a obrigação de investigar e, de ser o caso, sancionar a privação do direito à vida, ainda que este Tribunal não tivesse competência para julgá-lo por supostas violações à mesma. Entretanto, a Corte pode examinar e pronunciar-se sobre o eventual descumprimento dessa obrigação convencional a respeito dos fatos e supostas omissões relativos à investigação a partir de 10 de dezembro de 1998, quando o Estado aceitou a competência contenciosa do Tribunal.” (Corte IDH. Caso Garibaldi Vs. Brasil. Sentença de 23 de setembro de 2009).

“em prejuízo das pessoas assinaladas como supostas vítimas pela Comissão em sua demanda” (Corte IDH. Caso Garibaldi Vs. Brasil. Sentença de 23 de setembro de 2009).

Na parte resolutive da Sentença, parágrafo 204, por unanimidade a Corte Interamericana decidiu admitir parcialmente a exceção preliminar de competência temporal e rejeitar as demais exceções preliminares. Do mesmo modo, declarou que o Estado brasileiro violou os direitos as garantias judiciais e a proteção judicial (artigos 8.1 e 25.1 da Convenção), juntamente com a obrigação do artigo 1.1 da mesma, em prejuízo de sua mãe e seus seis irmãos. Por fim, dispôs a Corte entre outras coisas, que a sentença, por si própria constituía uma forma de reparação; que o Estado deveria indenizar Iracema Garibaldi e seus filhos pelos danos materiais e imateriais sofridos, bem como pagar a Iracema Garibaldi um valor fixado na própria sentença por restituição de custas e gastos; que o Brasil realizasse de forma eficaz e num tempo razoável o inquérito para punir os culpados (Corte IDH. Caso Garibaldi Vs. Brasil. Sentença de 23 de setembro de 2009).

Em 2010, por meio do Decreto 7.307, o governo brasileiro determinou que a SEDH-PR realizasse o pagamento referente à indenização a que tinha direito a família Garibaldi, em razão da sentença proferida pela Corte Interamericana.

A terceira condenação do Estado brasileiro é fruto de uma denúncia apresentada pela Comissão em 20 de dezembro de 2007, concerniente ao caso 12.353, mais conhecido como caso Arley José Escher e Outros. O caso iniciou em 26 de dezembro de 2000, através de uma petição feita pelas organizações Rede Nacional de Advogados Populares e Justiça Global em favor dos membros das organizações Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda. e Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais.

O objeto da sentença foi o direito à intimidade e ao devido processo legal, que foram violados pela interceptação, gravação e divulgação de conversas telefônicas de uma cooperativa agrícola ligada ao MST.

As conversas telefônicas, conforme ficou esclarecido nos parágrafos 119 a 146 da sentença, foram interceptadas ilegalmente, em desobediência ao artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal e da Lei 9.296/96, entre abril e junho de

1999, pela Polícia Militar do Estado do Paraná (Corte IDH. Caso Escher e outros Vs. Brasil. Sentença de 6 de Julho de 2009).

O Brasil, além de contestar o mérito arguiu três exceções preliminares, que foram rechaçadas pela Corte, conforme parágrafos 11 a 53. São elas: “i) não admita o escrito de petições e argumentos e seus anexos; ii) exclua da análise do mérito o suposto descumprimento do artigo 28 da Convenção; e iii) declare-se incompetente em razão da falta de esgotamento dos recursos internos.” (Corte IDH. Caso Escher e outros Vs. Brasil. Sentença de 6 de Julho de 2009).

As pessoas consideradas vítimas foram Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni.

Nos pontos resolutivos, por unanimidade, a Corte decidiu rechaçar as exceções preliminares, bem como declarar, que

2. O Estado violou o direito à vida privada e o direito à honra e à reputação reconhecidos no artigo 11 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma (...)

3. O Estado violou o direito à liberdade de associação reconhecido no artigo 16 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma (...)

4. O Tribunal não conta com elementos que demonstrem a existência de uma violação aos direitos consagrados nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana no que concerne ao mandado de segurança e às ações civis examinadas no presente caso, nos termos dos parágrafos 199 e 211 a 213 desta Sentença. De outra feita, o Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial reconhecidos nos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma, (...) a respeito da ação penal seguida contra o ex-secretário de segurança, nos termos dos parágrafos 200 a 204 da presente Sentença; da falta de investigação dos responsáveis pela primeira divulgação das conversas telefônicas, nos termos do parágrafo 205 da presente Sentença; e da falta de motivação da decisão em sede administrativa relativa à conduta funcional da juíza que autorizou a interceptação telefônica, nos termos dos parágrafos 207 a 209 da presente Sentença.

5. O Estado não descumpriu a cláusula federal estabelecida no artigo 28 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 da mesma (...). (Corte IDH. Caso Escher e outros Vs. Brasil. Sentença de 6 de Julho de 2009).

Dispôs a Corte que sentença, por si própria constituía uma forma de reparação; que o Estado deveria indenizar as vítimas pelos danos imateriais sofridos, bem como pagar um valor fixado na própria sentença em razão custas e gastos processuais; que o Estado brasileiro investigasse os fatos que geraram as

violações a fim de punir os culpados (Corte IDH. Caso Escher e outros Vs. Brasil. Sentença de 6 de Julho de 2009).

8 CASO GOMES LUND E OUTROS (GUERRILHA DO ARAGUAIA)

Em 24 de novembro de 2010, a Corte pronunciou a quarta sentença condenatória contra o Estado brasileiro⁶⁷, considerando o Brasil culpado por várias violações aos direitos humanos no caso da Guerrilha do Araguaia.

O processo, segundo parágrafo 1, iniciou-se na Comissão Interamericana em 1995 por iniciativa do CEJIL (Centro pela Justiça e o Direito Internacional) e pela Human Rights Watch/Americas. A demanda contra o Estado brasileiro foi submetida a Corte pela Comissão no dia 26 de março de 2009, no caso 11.552, mais conhecido como caso Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia). A razão da medida foi o entendimento da Comissão sobre a responsabilidade da República Federativa do Brasil pela tortura, detenção arbitrária e desaparecimento forçado de aproximadamente 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil (PC do B) e camponeses da região, durante o período de ditadura militar (1964- 1985), em decorrência de manobras do Exército brasileiro realizadas entre 1972 e 1975 com o propósito de por fim a Guerrilha do Araguaia (OEA. Comissão. Demanda perante a Corte. Caso 11.552. Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Contra Brasil).

Outra razão do submetimento do caso a Corte se deve ao entendimento que a justiça brasileira tem sobre a lei nº 6.683 de 29 de agosto de 1979, conhecida como Lei da Anistia, aprovada durante a ditadura militar no governo João Baptista Figueiredo. Segundo a justiça brasileira a Lei da Anistia perdoava tanto os opositores do regime ditatorial quanto os militares homicidas e torturadores.

Em decorrência, para a Comissão, conforme parágrafo 2, do documento de apresentação de demanda perante a Corte

[...] o Estado não levou a cabo uma investigação penal com o objetivo de julgar e sancionar os responsáveis pelo desaparecimento forçado das 70 vítimas e pela execução extrajudicial de Maria Lucia Petit da Silva (doravante “a pessoa executada”), cujos restos mortais foram encontrados e

⁶⁷O Brasil também já sofreu condenação nos casos Ximenes Lopes Vs. Brasil (2006), Escher y otros Vs. Brasil (2009), Garibaldi Vs. Brasil (2009). Há também o caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil, que não resultou em condenação.

identificados em 14 de maio de 19961; porque os recursos judiciais de natureza civil com vistas a obter informação sobre os fatos não foram efetivos para garantir aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada o acesso à informação sobre a Guerrilha do Araguaia; porque as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito de acesso à informação dos familiares; e porque o desaparecimento das vítimas, a execução de Maria Lucia Petit da Silva, a impunidade dos responsáveis e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação, afetaram prejudicialmente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada. (OEA. Comissão. Demanda perante a Corte. Caso 11.552. Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Contra Brasil).

A Lei de Anistia foi alvo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153⁶⁸, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), com o intuito de descobrir se a referida lei perdoava ou não os militares que praticaram crimes comuns no período da ditadura militar. O julgamento da ação ocorreu no dia 29 de abril de 2010 (mais de um ano depois da Comissão levar o caso da Guerrilha do Araguaia perante a Corte) no Supremo Tribunal Federal (STF) e, por 7 (sete) votos a 2 (dois), a lei foi mantida no ordenamento jurídico, sendo considerada como recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁶⁹. Desta forma, para o Supremo, a anistia aos militares que praticaram crimes de tortura, desaparecimento forçado e homicídio em nada confronta com a Constituição Cidadã, sendo um ato necessário para a redemocratização.

Entretanto, a Comissão deixou claro no seu relatório de apresentação da demanda perante a Corte, parágrafo 5, que o caso da Guerrilha do Araguaia

[...] representa uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia em relação aos

⁶⁸ Na ADPF nº 153, a OAB pediu “[...] uma interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985).” Na petição inicial a OAB ressaltou que a Corte Interamericana “já decidiu, em pelo menos 5 (cinco) casos, que é nula e de nenhum efeito a auto-anistia criminal decretada por governantes.” Os casos referidos são: 1) Caso Loayza Tamayo v. Peru; 2) Caso Barrios Altos v. Peru; 3) Caso Barrios Altos, Interpretación de la Sentencia de Fondo (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos; 4) Caso de la Comunidad Moiwana; 5) Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153).

⁶⁹ Votaram a favor da manutenção da lei os Ministros Eros Grau, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Melo, Ellen Gracie e Cesar Peluso (Presidente do STF na ocasião). Os dois votos a favor da mudança na interpretação da lei foram os Ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandowski. Ver a sentença completa em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>. Acessado em 05 de março de 2011.

desaparecimentos forçados e a execução extrajudicial, e a resultante obrigação dos Estados de fazer a sociedade conhecer a verdade, e investigar, processar e sancionar as graves violações de direitos humanos. Além disso, a CIDH considera relevante ressaltar o valor histórico do presente caso, que é o único perante o Sistema Interamericano referente à ditadura militar do Brasil, e que possibilita à Corte afirmar a incompatibilidade da lei de anistia brasileira com a Convenção, no que se refere a graves violações de direitos humanos, assim como a incompatibilidade das leis de sigilo de documentos com a Convenção Americana, a fim de reparar as vítimas e promover a consolidação do estado democrático de direito no Brasil, garantindo o direito à verdade de toda a sociedade brasileira sobre fatos tão graves. (OEA. Comissão. Demanda perante a Corte. Caso 11.552. Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Contra Brasil).

Por isso, a Comissão solicitou a Corte que determinasse a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pelo descumprimento de suas obrigações internacionais relativas aos artigos 3, 4, 5, 7, 8, 13 e 25 da Convenção Americana, juntamente com as obrigações dispostas nos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento.

Assim sendo, consoante parágrafo 258, solicitou que a Corte concluísse e declarasse o Brasil responsável por:

- a. violação dos direitos à personalidade jurídica, vida, integridade pessoal e liberdade pessoal (artigos 3, 4, 5 e 7), em conexão com o artigo 1.1, todos da Convenção Americana, em detrimento das 70 vítimas desaparecidas;
- b. violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25), em relação com os artigos 1.1 e 2, todos da Convenção, em detrimento das vítimas desaparecidas e seus familiares, assim como da pessoa executada e seus familiares, em virtude da aplicação da lei de anistia à investigação sobre os fatos;
- c. violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25), em relação com o artigo 1.1, todos da Convenção, em detrimento das vítimas desaparecidas e seus familiares, assim como da pessoa executada e seus familiares, em virtude da ineficácia das ações judiciais não penais interpostas no marco do presente caso;
- d. violação do direito à liberdade de pensamento e expressão (artigo 13), em relação com o artigo 1.1., ambos da Convenção, em prejuízo dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada, em razão da falta de acesso à informação sobre o ocorrido; e
- e. violação do direito à integridade pessoal (artigo 5), em conexão com o artigo 1.1, ambos da Convenção, em detrimento dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada, pela violação e sofrimento gerados pela impunidade dos responsáveis, assim como pela falta de acesso à justiça, à verdade e à informação. (OEA. Comissão. Demanda perante a Corte. Caso 11.552. Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Contra).

Como consequência, solicitou à Corte, conforme parágrafo 259, que ordene ao Estado brasileiro:

- a. Adotar todas as medidas que sejam necessárias, a fim de garantir que a Lei Nº 6.683/79 (Lei de Anistia) não continue representando um obstáculo para a persecução penal de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade;
- b. Determinar, através da jurisdição de direito comum, a responsabilidade penal pelos desaparecimentos forçados das vítimas da Guerrilha do Araguaia e a execução de Maria Lúcia Petit da Silva, mediante uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos com observância ao devido processo legal, a fim de identificar os responsáveis por tais violações e sancioná-los penalmente; e publicar os resultados dessa investigação. No cumprimento desta recomendação, o Estado deverá levar em conta que tais crimes contra a humanidade são insuscetíveis de anistia e imprescritíveis;
- c. Realizar todas as ações e modificações legais necessárias a fim de sistematizar e publicar todos os documentos relacionados com as operações militares contra a Guerrilha do Araguaia;
- d. Fortalecer com recursos financeiros e logísticos os esforços já empreendidos na busca e sepultura das vítimas desaparecidas cujos restos mortais ainda não hajam sido encontrados e/ou identificados;
- e. Outorgar uma reparação aos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada, que inclua o tratamento físico e psicológico, assim como a celebração de atos de importância simbólica que garantam a não repetição dos delitos cometidos no presente caso e o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelo desaparecimento das vítimas e o sofrimento de seus familiares;
- f. Implementar, dentro de um prazo razoável, programas de educação em direitos humanos permanentes dentro das Forças Armadas brasileiras, em todos os níveis hierárquicos, e incluir especial menção no currículo de tais programas de treinamento ao presente caso e aos instrumentos internacionais de direitos humanos, especificamente os relacionados com o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura; e
- g. Tipificar no seu ordenamento interno o crime de desaparecimento forçado, conforme os elementos constitutivos do mesmo estabelecidos nos instrumentos internacionais respectivos. (OEA. Comissão. Demanda perante a Corte. Caso 11.552. Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Contra Brasil).

Com o início do caso perante a Corte (em 31 de outubro de 2009), o Estado brasileiro apresentou um documento com contestação, observações e exceções preliminares.

Conforme o parágrafo 4 da sentença da Corte, inicialmente foram apresentadas três exceções preliminares. A primeira referia-se a incompetência da Corte em razão do tempo (*ratione temporis*), uma vez que os abusos ocorreram antes da aceitação por parte do Estado brasileiro de sua competência contenciosa. A segunda alegação de exceção afirmava que existiria incompetência da Corte em razão da falta de esgotamento dos recursos internos. Por fim, alegou-se ausência de

interesse processual da Comissão e dos representantes, por que o Estado teria tomado todas às providencias cabíveis ao caso, devendo ocorrer, como consequencia, o arquivamento deste. Quanto ao mérito, o Brasil afirmou que se empenhava em dar solução interna ao caso (Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010).

No parágrafo 5, vemos que entre 11 e 15 de janeiro de 2010, a Comissão e os representantes ofereceram, concomitantemente, “suas alegações às exceções preliminares opostas pelo Estado.” (Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010).

Depois, na audiência pública, uma quarta exceção preliminar foi apresentada pelo Estado brasileiro: a “regra da quarta instância”, que teve como fundamento a decisão do STF que entendeu que a lei da Anistia também perdoou todas as atrocidades cometidas pelos militares.

Na sentença proferida pela Corte, todas estas teses de defesa foram rejeitadas, resultando na condenação do Estado brasileiro.

Quanto à alegação da incompetência temporal, a Corte ressaltou no parágrafo 17 que

[...] atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua [...] a Corte recorda que o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁵, no qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos (Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010).

Segundo parágrafo 31, no que diz respeito à alegação da falta de interesse processual, prevaleceu que

[...] que as ações que o Estado afirma que adotou para reparar as supostas violações cometidas no presente caso, ou evitar sua repetição, podem ser relevantes para a análise da Corte sobre o mérito do caso e, eventualmente, para as possíveis reparações que se ordenem, mas não têm efeito sobre o exercício da competência da Corte para dele conhecer. Com base no exposto acima, o Tribunal desestima a exceção preliminar do Estado. (Corte

IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010).

Também não prosperou a tese da ausência do esgotamento dos recursos internos. Primeiramente, no parágrafo 38 da Sentença, a Corte lembrou que tal tese deve ser ofertada no “momento processual oportuno”, que é a fase de “admissibilidade do procedimento perante a Comissão”, pois

[...] não é tarefa da Corte nem da Comissão identificar *ex officio* quais são os recursos internos a serem esgotados, mas que cabe ao Estado a indicação oportuna dos recursos internos que devem ser esgotados e de sua efetividade. (Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010).

Assim sendo, consoante o parágrafo 40, as teses relacionadas à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, à Ação Civil Pública, à faculdade de “interposição de uma ação penal subsidiária e às diversas iniciativas de reparação”, alegadas mais de nove anos após a decisão de admissibilidade do caso perante a Comissão, não foram aceitas, por terem sido feitas fora do prazo (Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010).

Entretanto, dois fundamentos para alegação da ausência do esgotamento dos recursos internos, foram apresentados no tempo propício. Uma alegação era a existência de uma Ação Ordinária, que ainda estava no início, e outra era a faculdade dos familiares entrarem com um *habeas data* para buscar as informações desejadas nos órgãos públicos. De acordo com o parágrafo 41, este último argumento desapareceu, pois a Corte entendeu que houve desistência de sua alegação, já que “no procedimento perante si, o Estado não alegou a falta de interposição de um *habeas data*” (CIDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010). Portanto, somente fora analisado a alegação da falta de esgotamento de recursos internos, com base na existência de uma Ação Ordinária para solucionar o caso. Essa alegação, porém, conforme parágrafo 42, também não foi aceita pela Corte, confirmando a decisão da Comissão de rejeitá-la, uma vez que se identificou demora injustificada, posto que essa ação foi proposta em 1982, sendo emitida a sentença de primeira instância em

2003 e iniciado o seu cumprimento em 2009 (Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010).

Por fim, também não prosperou a exceção preliminar da “proibição da quarta instancia”. A Corte explicou, no parágrafo 48, que

A demanda apresentada pela Comissão Interamericana não pretende revisar a sentença do Supremo Tribunal Federal, decisão que nem sequer havia sido emitida quando aquele órgão apresentou sua demanda perante a Corte Interamericana, mas que se estabeleça se o Estado violou determinadas obrigações internacionais dispostas em diversos preceitos da Convenção Americana, em prejuízo das supostas vítimas (Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010).

Consequentemente, a Corte entendeu (parágrafo 49)

[...] não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento No. 153 (*infra* par. 136), mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana. Consequentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância. O Tribunal, portanto, desestima esta exceção preliminar. (Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010).

O que a Corte Interamericana fez foi um controle de convencionalidade, conforme declarou o juiz *Ad Hoc* Roberto de Figueiredo Caldas, em seu voto apartado, parágrafos 5 e 6,

[...] se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil. (Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010).

Assim, uma vez que o Brasil aceitou a competência da Convenção deve cumpri-la, não podendo usar como desculpa leis internas, devendo promover a adequação das mesmas ao previsto na Convenção, conforme arts. 1 e 2 da mesma.

Não se está dizendo que a Corte tem competência para reforma o julgamento do Supremo Tribunal Federal, mas somente que sua decisão viola os direitos que o Brasil se obrigou a garantir e a reparar em caso de violação.

Ao final da sentença, no parágrafo 325, a Corte declarou, por unanimidade, que a Lei da Anistia viola direitos humanos, sendo incompatível com a Convenção e, sem eficácia alguma. O Brasil foi considerado responsável pelo desaparecimento forçado de aproximadamente 70 pessoas, e, por não adequar seu direito interno a Convenção como determina seu art.2º. A Corte declarou que o Estado brasileiro violou os arts. 1.1, 2, 3, 4, 5, 7,8. 1,13 25 do Pacto. (Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010). No mesmo parágrafo da sentença, dispôs ainda, que o Brasil deveria pagar indenização por dano material, imaterial e restituição de custas e gastos fixados por eles, bem como “tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos”, “realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso”, “oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram”, “realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares”, “conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los”, entre outros deveres.

Acompanhando a Sentença da Corte, o voto do Juiz Roberto de Figueiredo Caldas, concordou com a decisão, elucidando brilhantemente:

3.O caso julgado envolve debate de transcendental importância para a sociedade e para o Estado como um todo, particularmente para o Poder Judiciário, que se deparará com caso inédito de decisão de tribunal internacional diametralmente oposta à jurisprudência nacional até então pacificada.

[...]

7. Mesmo as Constituições nacionais não de ser interpretadas ou, se necessário, até emendadas para manter harmonia com a Convenção e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

[...]

10. Portanto, em prol da garantia da supremacia dos Direitos Humanos, especialmente quando degradados por crimes de lesa-humanidade, faz-se mister reconhecer a importância dessa sentença internacional e incorporá-la de imediato ao ordenamento nacional, de modo a que se possa investigar, processar e punir aqueles crimes até então protegidos por uma interpretação da Lei de Anistia que, afinal, é geradora de impunidade, descrença na proteção do Estado e de uma ferida social eternamente aberta, que precisa ser curada com a aplicação serena mas incisiva do Direito e da Justiça (Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010).

Assim, percebe-se que o cumprimento da sentença pelo Estado brasileiro é de suma importância para mantermos o status de Estado Democrático de Direito. Não basta possuir uma Constituição que possui inúmeros direitos e garantias fundamentais, tem-se que buscar dar efetividade a tais direitos.

Conforme o ensino de Júlio Marino de Carvalho (1998, p.326)

O reconhecimento dos direitos humanos deve baixar dos espaços ideais e materializar-se ao rez do chão, para que a sua predestinação se faça objetiva e integralmente cumprida, configurando-se em real prestimosidade na proteção do homem perseguido pela injustiça. As comunidades devem conscientizar-se de sua relevância e sacralidade.

O não acolhimento desta decisão pelo Brasil, além de resultar em uma nova condenação, lhe colocaria em uma posição vergonhosa, em nível internacional.

O crime de desaparecimento forçado deve ser combatido veementemente pelos Estados, cabendo no caso em comento, a devida, eficaz e rápida reparação as vítimas, pelo Estado brasileiro. JAYME (2005, p. 124) fez importante pensamento sobre esse crime ao dizer que

Uma das violações mais frequentes nestes regimes é a prática do desaparecimento de pessoas (...). A atuação pífia das autoridades e da jurisdição interna dos estados, incapazes de evitar ou apresentar uma solução adequada, no sentido de julgar os responsáveis por tais atos hediondos, compele as vítimas ou seus familiares a recorrerem à proteção supletiva e complementar do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que tem na Corte seu órgão soberano. Essa é a razão pela qual foi possível a Corte perfilar uma interpretação aprofundada do art. 5º da Convenção.

Mesmo diante de posicionamentos contrários a respeito dessa decisão, a esperança de que a luz prevalecerá sobre as trevas é e grande. A República

brasileira, indubitavelmente, não pode regredir na busca pelo respeito a um de seus fundamentos: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88).

9 LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O artigo 13 anuncia que toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão⁷⁰, compreendendo esta a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, “sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha”.

Esse direito se mostra essencial à condição humana uma vez que o ser humano, como ser social que é, necessita ter assegurado o direito de buscar e receber informações, bem como transmiti-las, por qualquer meio, para que possa ser considerado realmente digno. O direito de buscar e receber informações significa poder de acesso aos meios de informação como jornais, internet, televisão, rádio, dados referentes a sua própria pessoa, sejam eles ou não considerados secretos pelo governo local. Já o direito de difundir informações, resumidamente falando, significa o poder de se expressar através dos meios de comunicação impressos, sonoros e audiovisuais.

Segundo o pensamento de BRAGA (2008, p.59), as expressões não são outra coisa senão a manifestação dos pensamentos e das convicções internas do ser humano, sendo o instrumento pelo qual este expressa suas crenças mais profundas, ao qual está vinculado. A expressão da personalidade do ser humano reside nas suas crenças sobre o mundo e nas suas relações sociais, sendo assim, totalmente justificável e necessária a proteção da liberdade de expressão.

O exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão, dessa forma, não pode estar sujeito à censura prévia, posto que isso fosse admitido, estar-se-ia ferindo o Estado Democrático de Direito. E isto se verifica, pois a censura prévia se trata de impedimento de manifestação democrática de determinado

⁷⁰ Veja mais sobre o assunto no documento elaborado pela equipe de trabalho do Programa sobre o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos da Associação pelos Direitos Civis (ADC), A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: http://www.adcsidh.org/images/files/documento_estandares_libex_final_ultimoport.pdf. Acessado em 24 de agosto de 2011.

pensamento ou opinião. Conforme o pensamento de MORAES (2007, p. 125-126), tal medida tem finalidade antidemocrática, sendo característica de ditaduras e governos despóticos.

Excepcionalmente se admite a censura prévia para espetáculos públicos (nunca nos particulares), desde que seja com finalidade exclusiva de regular o acesso de crianças e adolescentes, evitando, desse modo, eventual prejuízo moral para os mesmos. Tal medida se justifica na medida em que as crianças e adolescentes estão numa situação de desenvolvimento social, de caráter e moral, não podendo se admitir que sejam comprometidos por algum espetáculo com conteúdo obsceno ou vilipendiador da dignidade humana.

No entanto, a proibição de censura prévia, não significa a ausência de responsabilidades ulteriores (subsequentes), que devem estar expressamente previstas em lei. Essa responsabilização, porém, somente será possível, quando for necessária para assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas e a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. Portanto, ninguém deve ser impedido de manifestar sua expressão, mas, manifestando-a e causando prejuízo a alguém e, sendo necessário, terá que indenizar a vítima, pois senão o direito seria um instrumento de ofensas a dignidade do ser humano.

Dispõe ainda o dispositivo que a legislação dos Estados deve vedar qualquer propaganda “a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”. Por isso, não é possível se admitir propaganda defendendo o totalitarismo, nazismo, ou qualquer ideia semelhante, já que a liberdade não deve permitir a defesa do seu próprio fim. Como bem ensina MALUF (1970, p. 361), “Não se permite a liberdade para atentar contra a liberdade”.

Esse entendimento coaduna com a segunda parte do art.32 da Convenção, no qual estão estabelecidas três limitações aos direitos de cada pessoa: a) os direitos das demais pessoas; b) a segurança de todos; c) as justas exigências do bem comum. Como já dito, uma pessoa no exercício de um direito não pode levar ao impedimento o exercício dos direitos de outra pessoa, pois se assim fosse, não seria um direito, mas um instrumento para a criação de classes especiais de pessoas.

Nesse sentido, segundo o escólio de MALUF (1970, p. 360-361), um Estado Democrático deve estabelecer restrições que amparem o interesse público, posto que o contrário disto, isto é, a liberdade ilimitada e exercida em excesso, viola a ordem social. Assim sendo, as restrições não servem para afetar a dignidade humana, mas, ao revés, para a maior valoração de sua condição humana. Quando um Estado limita e controla, através de leis, o exercício da liberdade de uma pessoa na sua relação com os demais seres humanos, age conforme os princípios da liberdade e em função dela. Destarte, completa o aludido autor:

A lei que me impede de injuriar alguém é a mesma lei que garante a intangibilidade da minha honra pessoal. A lei que me impede de atentar contra direitos alheios é a mesma lei que me assegura a inviolabilidade do meu patrimônio, do meu domicílio, da minha família. Se eu fosse livre de fazer o que as leis proibem, não teria mais liberdade, porque os outros teriam sobre mim esse mesmo poder, e eu não poderia resisti-los sem a tutela do poder público. (1970, p. 361)

Proclama também o artigo em comento que o direito de liberdade de expressão não pode ser restringido por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. Esses abusos de controles podem partir de órgãos oficiais ou particulares, cabendo aos Estados a responsabilização e fiscalização destes.

Esse tema encontra-se enriquecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, através da Opinião Consultiva n.º5 de 1985, e pelos seguintes casos contenciosos: “Herrera Ulloa versus Costa Rica”, “Canese versus Paraguai”, “A Última Tentação de Cristo”, “Palamaras versus Chile”, e Gomes Lund e Outros vs. Brasil⁷¹.

O motivo que provocou a Opinião Consultiva n.º5 de 13 de novembro de 1985 foi um pedido do Estado da Costa Rica, que desejava saber se havia compatibilidade entre sua lei interna, que previa a obrigatoriedade de afiliação de jornalistas ao Conselho Profissional de Jornalistas (sindicalização obrigatória) e a

⁷¹ No entanto, há também a Opinião Consultiva n.7/86 que trata do tema Liberdade de Expressão, além de outras sentenças sobre o referido tema: “Baruch Ivcher Bronstein vs. Peru”; “López Álvarez vs. Honduras”; “Claude Reyes e outros vs. Chile”; e “Kimel vs. Argentina”.

necessidade de diploma universitário para o exercício da profissão, com os artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Esta Opinião Consultiva constitui um marco para o entendimento do direito de liberdade de expressão, pois a Corte Interamericana foi a primeira opinião sobre liberdade de expressão, deixando importantes considerações a respeito do tema.

Nos parágrafos 31 a 33 da Opinião Consultiva n. 5 a Corte expressou entendimento de que a liberdade possui uma dimensão individual e uma social. A primeira engloba o direito de manifestar pensamentos e idéias, bem como o direito de recebê-las. A segunda refere-se ao direito de receber e conhecer opiniões e notícias transmitidas por meios de comunicação em massa. Essas duas dimensões devem ser garantidas simultaneamente, uma vez que ambas são necessárias para uma real proteção da liberdade de expressão.

Nos parágrafos 71 a 81 do referido documento internacional, a Corte manifestou sobre a incompatibilidade da lei que obrigava a filiação de jornalistas a um Conselho de Jornalistas e impedia o exercício da profissão em caso de não filiação e ausência de diploma universitário específico na área, com as normas da Convenção, em especial o artigo 13. 2, concluindo que aceitar tal atitude feriria o direito de liberdade de expressão tanto na sua dimensão social, isto é, haveria restrição no acesso a informação, como na sua dimensão individual, pois restringiria o direito que toda pessoa tem de procurar e difundir pensamentos e informações pelo meio que quiser.

O pronunciamento da Corte Interamericana, segundo salientou a doutrinadora Nádia Araújo, gerou consequências no direito interno brasileiro, pois nossa legislação interna obrigava a inscrição no Ministério do Trabalho de quem exercia a profissão de jornalista, privativa dos que tinham diploma universitário de jornalismo. No entanto, através de uma ação civil pública interposta pelo Ministério Público Federal, o qual foi julgado procedente, o referido órgão público defendeu que a exigência de diploma de nível superior em jornalismo para o exercício da profissão de jornalista constituía numa restrição ao acesso da carreira, tratando-se, portanto, de evidente violação do direito de liberdade de expressão, de acesso à informação e de livre exercício da profissão, ou seja, de desrespeito ao esculpido no artigo 13 da Convenção Americana. Embora a União tenha recorrido não se deu o efeito suspensivo, podendo a sentença ser executada até a decisão definitiva ser

prolatada no Tribunal Regional Federal da 3º Região. Atualmente, no Brasil, não se exige mais o registro dos jornalistas no Ministério do Trabalho. Ainda conforme a autora supracitada, que baseou sua pesquisa nas obras de André de Carvalho Ramos, desde a decisão mais de 5 mil pessoas foram favorecidos e se registraram sem a exibir o diploma específico (ARAUJO, A INFLUÊNCIA DAS OPINIÕES CONSULTIVAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, 233-237).

Não se pode olvidar, dessa forma, que, conforme parágrafo 70 do aludido documento internacional,

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre. (CORTE IDH. OPINIÓN CONSULTIVA OC-5/85 DEL 13 DE NOVIEMBRE DE 1985 LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE PERIODISTAS (ARTS. 13 Y 29 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS).

Insta salientar que a Constituição Federal brasileira proclama no art.5.º, incisos IV ao IX, XIV e XXXIII respectivamente: a liberdade de manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato; direito de resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem; a inviolabilidade de consciência e crença, e o livre exercício dos cultos religiosos, sendo garantida na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias; a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, nos termos da lei; impossibilidade de privação de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se os invocar para se eximir de obrigação legal a todos impostas e recusar-se a cumprir a pena alternativa fixada em lei; a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura e licença; acesso a informação, resguardado o sigilo de fonte, quando necessário ao exercício profissional; e o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral. Ressalta-se que ainda há outros dispositivos na própria

Constituição, bem como em leis infraconstitucionais que asseguram esses direitos, desse modo, há clara adequação legal por parte do Estado aos preceitos básicos da liberdade de expressão.

Os casos contenciosos supracitados também se constituem em relevantes documentos internacionais a respeito do tem em comento.

O caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros), foi o primeiro contencioso sobre o tema. O Conselho de Qualificação (ou Censura) Cinematográfica do Chile, não permitiu a exibição do filme “A Última Tentação de Cristo”, uma vez que o filme atentava contra os dogmas religiosos do país, que é confessional católico. Ao procurarem a proteção judicial no seu país, este nada fez, senão confirmar o entendimento de censura prévia do filme. Desse modo, as vítimas acionaram a Comissão Interamericana que, diante da inércia do Estado chileno em dar a solução adequada ao caso, o submeteu a Corte Interamericana. Os profissionais envolvidos na realização do filme afirmaram que tiveram prejuízos diretos e indiretos, sendo que Ciro Colombara López, uma das vítimas, perdeu seu emprego na Universidade Católica do Chile.

As vítimas alegaram violação no direito de liberdade religiosa e de expressão, sendo a primeira alegação afastada, já que a proibição, embora envolva um aspecto religioso, não afronta a liberdade religiosa, uma vez que não houve privação alguma do direito de conservar, mudar, professar ou divulgar religião ou crença, mas trata-se de restrição tão somente a liberdade de expressão.

Na decisão a Corte expressou que houve violação do art. 13 e art. 1.1 (Aplicação dos Direitos e Deveres) e 2 (Obrigação de adequar a legislação interna) da Convenção, em face dos senhores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes. Como forma de reparar os danos, o Estado chileno deve retirar a possibilidade de censura prévia, uma vez que sua possibilidade viola o Estado Democrático de Direitos, e permitir a exibição do filme, além de pagar às vítimas a indenização pelos gastos realizados com os processos internos e o processo internacional ante o sistema interamericano, não sendo caso de indenização por danos matérias ou morais.

Este caso, como bem expressou o Juiz Augusto Cansado Trindade, em voto apartado, representa um sensível avanço jurisprudencial. Em complemento, Trindade concluiu seu voto concorrente com um brilhante resumo de seu entendimento, dividido em treze considerações, conforme parágrafo 40, que diz:

- *primero*, la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos surge al momento de la ocurrencia de un hecho - acto u omisión - ilícito internacional (*tempus commisi delicti*), imputable a dicho Estado, en violación del tratado en cuestión;
- *segundo*, cualquier acto u omisión del Estado, por parte de cualquier de los Poderes - Ejecutivo, Legislativo o Judicial - o agentes del Estado, independientemente de su jerarquía, en violación de un tratado de derecho humanos, genera la responsabilidad internacional del Estado Parte en cuestión;
- *tercero*, la distribución de competencias entre los poderes y órganos estatales, y el principio de la separación de poderes, aunque sean de la mayor relevancia en el ámbito del derecho constitucional, no condicionan la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derecho humanos;
- *cuarto*, cualquier norma de derecho interno, independientemente de su rango (constitucional o infraconstitucional), puede, por su propia existencia y aplicabilidad, *per se* comprometer la responsabilidad de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos;
- *quinto*, la vigencia de una norma de derecho interno, que *per se* crea una situación legal que afecta los derechos protegidos por un tratado de derecho humanos, constituye, en el contexto de un caso concreto, una violación *continuada* de dicho tratado;
- *sexto*, la existencia de víctimas provee el criterio decisivo para distinguir un examen *in abstracto* de una norma de derecho interno, de una determinación de la incompatibilidad *in concreto* de dicha norma con el tratado de derechos humanos en cuestión;
- *séptimo*, en el contexto de la protección internacional de los derechos humanos, la regla del agotamiento de los recursos de derecho interno se reviste de naturaleza más bien procesal que sustantiva (como condición de admisibilidad de una petición o denuncia a ser resuelta *in limine litis*), condicionando así la implementación pero no el surgimiento de la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos;
- *octavo*, la regla del agotamiento de los recursos de derecho interno tiene contenido jurídico propio, que determina su alcance (abarcando los recursos judiciales eficaces), el cual no se extiende a reformas de orden constitucional o legislativo;
- *noveno*, las normas sustantivas - atinentes a los derechos protegidos - de un tratado de derechos humanos son *directamente* aplicables en el derecho interno de los Estados Partes en dicho tratado;
- *décimo*, no existe obstáculo o imposibilidad jurídica alguna a que se apliquen directamente en el plano de derecho interno las normas internacionales de protección, sino lo que se requiere es la voluntad (*animus*) del poder público (sobre todo el judicial) de aplicarlas, en medio a la comprensión de que de ese modo se estará dando expresión concreta a valores comunes superiores, consubstanciados en la salvaguardia eficaz de los derechos humanos;
- *décimoprimer*, una vez configurada la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos, dicho Estado tiene el deber de restablecer la situación que garantice a las víctimas en el goce de

su derecho lesionado (*restitutio in integrum*), haciendo cesar la situación violatoria de tal derecho, así como, en su caso, de reparar las consecuencias de dicha violación;

- décimosegundo, las modificaciones en el ordenamiento jurídico interno de un Estado Parte necesarias para su armonización con la normativa de un tratado de derechos humanos pueden constituir, em el marco de un caso concreto, una forma de reparación no-pecuniaria bajo dicho tratado; y

- décimotercero, en este inicio del siglo XXI, se requieren una reconstrucción y renovación del derecho de gentes, a partir de un enfoque necesariamente antropocéntrico, y no más estatocéntrico como en el pasado, dada la identidad del objetivo último tanto del derecho internacional como del derecho público interno em cuanto a la salvaguardia plena de los derechos de la persona humana. (Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001(Fondo, Reparaciones y Costas). (“grifo nosso”)

Tais considerações revelam a necessidade de um Estado adequar seu direito interno aos tratados de direitos humanos com o qual se comprometeu, pois do contrário estará em uma violação continuada de direitos humanos, o que gerará sua responsabilidade internacional.

O caso “Herrera Ulloa versus Costa Rica” foi apresentado a Comissão Interamericana em 28 de janeiro de 2003, tendo se originado de uma denúncia de nº 12.367, recebida pela Secretaria da Comissão em primeiro de março de 2001, em razão de uma sentença penal condenatória emitida em 12 de novembro de 1999 pelo Judiciário costarricense em face do jornalista Mauricio Herrera Ulloa, no qual o responsabilizava por quatro crimes de difamação perpetrados por meio de suas publicações, ao qual foram consideradas ofensivas, uma vez que não conseguiu provar sua veracidade, gerando a sentença penal responsabilidades também na esfera civil para o senhor Ulloa. A Justiça da Costa Rica impôs ao jornalista uma pena de multa e o dever de dar publicação da sentença no jornal “La Nación”. Além disso, a sentença também determinou a Ulloa e ao jornal “La Nación” o pagamento de uma indenização ao diplomata, em razão do suposto dano moral sofrido e a retirada de referencias ao caso na pagina do jornal na internet.

As publicações feitas entre 19 e 21 de maio e no dia 13 de dezembro, todas de 1995 e publicadas no jornal “La Nación”, continham uma reprodução parcial de reportagens da imprensa belga que acusava o diplomata Félix Przedborski, representante *ad honorem* de Costa Rica na Organização Internacional de Energia Atômica (AEIA), com sede na Áustria, da pratica de ilícitos graves.

A violação ao direito de liberdade de expressão e opinião se mostra clara, tanto na sua dimensão individual como social. Conforme entendimento da Corte Interamericana, expresso nos parágrafos 101 a 136 da sentença condenatória do Estado Costarriquenho, a imposição de uma sanção penal para proteger a reputação do cônsul Przedborski restringe de forma inadmissível o direito a liberdade de expressão, na medida em que o direito penal, como recurso mais poderoso que o Estado dispõe para fazer cumprir sua vontade, não poderia ser usado neste caso, uma vez que não é o meio menos restritivo para a proteção do direito da honra e reputação esculpido no artigo 11 da Convenção Americana, pois há outros meios menos gravosos de proteger esse direito, ocorrendo, neste caso, uma forma de restrição indireta a liberdade de expressão (Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julho de 2004).

Não se está dizendo que a previsão dos crimes de calúnia injúria e difamação viola o Estado democrático de Direito, mas somente que a previsão desses crimes não pode servir para impedir a informação de questões de interesse público, como aconteceu no caso em comento, não existindo interesse social imperativo para justificar tal sanção, inexistindo, assim, adequação aos parâmetros internacionais harmonia entre os direitos humanos (Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004). Além do mais, o jornalista simplesmente reproduziu parte de algumas informações de interesse público, e, por se tratar, de funcionário público, deve existir maior tolerância a críticas, o que não significa ausência de proteção, mas uma proteção diferenciada. Conforme o entendimento da Comissão Interamericana a respeito do caso, parágrafo 102.1.d,

[...] el derecho a la libertad de expresión e información es uno de los principales mecanismos que tiene la sociedad para ejercer un control democrático sobre las personas que tienen a cargo asuntos de interés público. (Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004)

No caso, faltou aplicação da proporcionalidade por parte da justiça da Costa Rica, ferindo-se o art. 13. 2 e 13.3 da Convenção.

Nos pontos resolutivos da sentença, conforme paragrafo 207, a Corte entendeu que o Estado costarriquenho violou o art. 8.2.h juntamente com os arts.

1.1 e 2 e, sem olvidar, o art. 13 junto com o art.1.1, todos da Convenção Americana, em face do senhor Herrera Ulloa, tendo o como consequencia o dever de deixar sem efeito, na sua totalidade, a sentença condenatória emitida em seu desfavor em 12 de novembro de 1999 pelo Tribunal Penal de Primeira Instancia de São José, como também adequar sua legislação interna ao previsto no art. 8.2.h da Convenção, com relação ao art.2 da mesma, além de pagar vinte mil dólares à vítima em razão dos danos imateriais (ou morais) sofridos, e mais dez mil dólares em razão dos gastos processuais para pleitear no sistema interamericano (Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004).

Essa sentença demonstra que a Corte não admitirá restrições a liberdade de expressão, ainda que estejam revestidas de suposta regularidade interna, uma vez que ela age justamente quando a justiça interna se nega a descumprir a obrigação internacional que o Estado assume perante o sistema interamericano.

Necessário se faz também uma breve exposição do Caso “Canese versus Paraguai”, iniciado com a denúncia nº 12.032, recebida pela secretaria da Comissão em 2 de julho de 1998.

O caso, conforme parágrafo 2, refere-se a uma contenda eleitoral ocorrida em 1992, para as eleições do ano seguinte, no qual Ricardo Canese teria questionado a idoneidade e integridade do candidato à presidência do Paraguai Juan Carlos Wasmosy, razão pela qual este acionou o judiciário, tendo como resultado a condenação, tanto na primeira, quanto na segunda instancia, do senhor Canese pelo delito de difamação, sendo lhe aplicado 6 meses de pena privativa de liberdade, além de multa. Como consequencia da condenação o senhor Canese foi proibido de sair de seu país sem autorização. (Corte IDH, “Caso Canese versus Paraguai”. Sentencia de 31 de agosto de 2004).

Ao fim, entendeu a Corte que o Estado violou o artigo 13, juntamente com os arts. 8,9, e 22; todos concomitantemente com o art. 1.1 da Convenção.

Conforme paragrafo 88 da Corte, a liberdade de expressão e pensamento, tanto na sua dimensão individual, quanto social, constitui base fundamental para o debate durante o processo eleitoral, posto que somente dessa forma, uma campanha eleitoral pode cumprir suas finalidades, qual seja, ser uma

ferramenta essencial para a formação da opinião pública dos eleitores, fortalecer o debate político entre os candidatos e partidos que integram os comícios, ser um instrumento de análise das plataformas políticas proposta pelos candidatos, permitindo, assim, uma maior transparência e fiscalização de futuras autoridades e sua respectiva gestão (Corte IDH, “Caso Canese versus Paraguai”. Sentencia de 31 de agosto de 2004).

No parágrafo 97, a Corte regional reafirmou o entendimento expresso no Caso Herrera Ulloa, propagando que o melhor meio de controle da liberdade de expressão é o controle democrático, realizado por parte da opinião pública, uma vez que neste caso há o fomento da transparência das atividades estatais e maior responsabilização dos funcionários sobre sua gestão pública, “razão pela qual deve existir maior margem de tolerância frente a afirmações e apreciações feitas no decurso dos debates políticos ou sobre questões de interesse público” (Corte IDH, “Caso Canese versus Paraguai”. Sentencia de 31 de agosto de 2004).

No que concerne à proibição de sair do país, conforme parágrafos 119-135 e 223, a Corte expressou, por unanimidade, que o Estado paraguaio restringiu a liberdade de sair do país do senhor Canese, sem, contudo, respeitar os parâmetros democráticos da legalidade, necessidade e proporcionalidade, violando, assim, o art. 22.2 e 22.3, que dispõe sobre o direito de circulação (Corte IDH, “Caso Canese versus Paraguai”. Sentencia de 31 de agosto de 2004).

Nos termos dos parágrafos 139-167 e 223, a Corte disse ter havido transgressão aos direitos esculpidos nos arts. 8.1,8. 2 e 8.2.f (princípio do prazo razoável, direito de presunção de inocência e direito de defesa) da Convenção, uma vez que a apelação a Corte Suprema do Paraguai demorou, aproximadamente, três anos e cinco meses, sem ser resolvido, não existindo complexidade de causa para se justificar. Nos termos dos arts. 182-187 e 223; houve também a violação do art. 9 (retroatividade da norma mais favorável), já que o Estado paraguaio não aplicou a referida norma oportunamente (Corte IDH, “Caso Canese versus Paraguai”. Sentencia de 31 de agosto de 2004).

Assim sendo, ao fim, por unanimidade, conforme paragrafo 223, a Corte dispôs, entre outras coisas, que o Estado paraguaio de pagar o valor de U\$\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil dólares americanos) a vítima, pelos danos morais sofridos, mais U\$\$ 5.500 em razão dos gastos processuais no sistema

interamericano, além de publicar a sentença no Diário Oficial e em outro jornal de circulação nacional (Corte IDH, “Caso Canese versus Paraguai”. Sentencia de 31 de agosto de 2004).

Outro pronunciamento relevante a respeito do tema é o “Caso Palamara Iribarne”, que nasceu de uma denúncia feita a Comissão Interamericana pelo Centro de Justiça e Direito Internacional (CEJIL), em 16 de janeiro de 1996, contra o Estado chileno, em razão da proibição, em março de 1993, da publicação do livro de Humberto Antonio Palamara Iribarne, intitulado “Ética y Servicios de Inteligencia”, obra na qual o referido autor difundia uma investigação realizada, explicando certos aspectos vinculados com a inteligência militar e os parâmetros éticos necessários para realiza-la, tendo como base de informação sua condição de ex-militar da Armada do Chile (BRAGA, 2008, p. 360). Em razão dos fatos, o senhor Palamara Iribarne foi condenado por desobediência e por desacato, sendo esta última condenação resultante da apresentação e publicação de assuntos que o Estado chileno considerou secreto e confidencial (BRAGA, 2008, p. 360).

A Comissão, ao submeter o caso a Corte, solicitou a mesma que o Estado adotasse as medidas de reparação devidas, conforme previsto no art. 63 da Convenção, assim como que este indenizasse todos os gastos realizados na busca da justiça interna e do sistema interamericano.

A Corte mais uma vez expressou que o delito de desacato, em regra, viola o artigo 13 da Convenção⁷². Neste caso, o Chile havia modificado seu Código Penal, através da lei 20.048 de 31 de agosto de 2005, retirando a previsão deste delito, entretanto, não houve sua completa eliminação do ordenamento jurídico do Estado chileno, pois o delito subsistiu no seu Código Militar, o que gera um privilégio em favor dos funcionários militares, constituindo-se o fato numa afronta ao Estado Democrático de Direito, pois estes, em razão do cargo de funcionários públicos militares deveriam ter um tratamento especial e mais condizente com o exercício da democracia.

⁷² Conforme explica a sentença da Corte, parágrafo 64, “d”: “las leyes de desacato proporcionan un mayor nivel de protección a los funcionarios públicos que a los ciudadanos privados, en directa contravención al principio fundamental de un sistema democrático, que contempla el escrutinio público como medio para impedir y controlar el abuso de sus poderes coercitivos. Dichas leyes son un medio para silenciar ideas y opiniones impopulares y disuaden las críticas por el temor de las personas a las acciones judiciales o sanciones monetarias” (Corte IDH, “Caso Palamara Iribarne Vs. Chile”. Sentencia de 22 de noviembre de 2005).

Na parte resolutiva, a Corte entendeu que houve violação dos arts. 13, 21.1, 8 e 25 da Convenção, juntamente com o artigo 1 e 2, devendo o Estado chileno adequar seu ordenamento jurídico interno ao disposto na Convenção.

Quanto ao artigo 13, sua violação se revela na censura prévia feita pelo Estado chileno que proibiu a circulação do seu livro e nas penalidades de desacato e desobediência aplicados.

A Corte entendeu, conforme parágrafo 76, que o fato do senhor Iribarne usar sua formação e experiência profissional de militar não constitui por si só um abuso ao exercício de liberdade de expressão, pois se assim fosse, ninguém poderia usar sua própria formação profissional e intelectual para enriquecer a expressão de suas opiniões e ideias (Corte IDH, “Caso Palamara Iribarne Vs. Chile”. Sentencia de 22 de noviembre de 2005). Portanto, conforme paragrafo seguinte do pronunciamento internacional, haja vista que o senhor Iribarne ter obtido as informações em razão das suas funções e, por se tratar de direitos públicos, não houve violação ao dever de confidencialidade, considerando que Iribarne se utilizou de “fuentes abiertas” (Corte IDH, “Caso Palamara Iribarne Vs. Chile”. Sentencia de 22 de noviembre de 2005).

Por fim, cabe falarmos da violação do direito em comento no caso “Guerrilha do Araguaia versus Brasil”, que já foi explicado, razão pela qual a pesquisa se atentará diretamente a violação do art. 13 da Convenção.

A violação do dispositivo proclamador da liberdade de expressão ocorreu juntamente com os artigos 1.1, 8.1 e 25 da Convenção e, conforme disposto no paragrafo 325 da sentença, se deu em razão do desrespeito por parte do Estado brasileiro do direito de buscar e receber informação, bem como do direito de conhecer a realidade dos fatos afluídos. Do mesmo modo, o Estado foi considerado responsável pela violação do disposto nos artigos 1.1 e 13.1 da Convenção, “por exceder o prazo razoável da Ação Ordinária” (Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010).

A Corte, no tocante a liberdade de expressão, fez importantes esclarecimentos a respeito direito de informação, além de reafirmar seus memoráveis pensamentos.

Na ideia do parágrafo 197 da decisão, a liberdade de expressão, que nada mais é do que a “liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza” contempla o direito que todo ser humano tem de solicitar o acesso à informação, sob o controle do Estado, salvo nas hipóteses autorizadas sob o regime de restrições da Convenção. Desse modo, o artigo 13 garante tanto o direito de receber informação quanto a obrigação do Estado de providenciá-la, pois somente dessa forma, a pessoa poderá “ter acesso e conhecer essa informação ou receber uma resposta fundamentada” quando, por alguma circunstancia permitida pela Convenção, “o Estado possa limitar o acesso a ela para o caso concreto” (Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010).

Expõe ainda o aludido parágrafo, que essa

[...] informação deve ser fornecida, sem necessidade de comprovar um interesse direto para sua obtenção ou uma afetação pessoal, salvo nos casos em que se aplique uma legítima restrição. (Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010).

Desse modo, se torna indispensável que os Estados da OEA, se almejam se fortalecerem cada vez mais a figura de verdadeiros Estados Democráticos de Direito, apliquem o “princípio da máxima divulgação”, que, conforme parágrafo 199 da decisão institui “a presunção de que toda informação é acessível, sujeita a um sistema de exceções” (Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010). Cumprindo este princípio o Estado estará garantindo a proteção do direito de acesso à informação pública, tema que, segundo parágrafo 198 da referida documento, “já foi objeto de resoluções específicas emitidas pela Assembleia Geral da OEA”.

A Corte expressou ainda que o direito de conhecer a verdade é garantido a toda a sociedade, incluindo, assim, os familiares das vítimas de graves violações de direitos humanos, conforme indica o parágrafos 200 e 201 da sentença (Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010). Uma forma de reparar a violação deste direito é investigação dos fatos, o que não ocorreu no caso “Gomes Lund e outros”.

Neste caso, conforme parágrafos 201, 184,185, 220 a 225 da sentença, a Ação Ordinária proposta pelos familiares da vítima, que tinha como um dos objetos o acesso a documentos oficiais sobre as operações militares contra a Guerrilha do Araguaia, não respeitou as garantias judiciais do artigo 8.1 e ao direito de receber e buscar informação (art. 13) da Convenção, já que excedeu o prazo razoável, constituindo-se, assim, restrição inadmissível ao acesso a justiça. A Ação Ordinária foi proposta em 1982, sendo a sentença de primeira instancia proferida em 2003 (21 anos depois), e o seu cumprimento iniciado somente em 2009, não prosperando, assim, o argumento do Estado brasileiro de que ofereceu os meios internos para solucionar o caso.

Outra importante observação deve ser feita quanto aos documentos considerados secretos ou confidenciais pelos Estados. Segundo o parágrafo 202 da sentença, quando ocorre descumprimento de obrigações referente a direitos humanos, as autoridades estatais não podem se recusar a fornecer informações - sejam elas requeridas pelas autoridades judiciais ou administrativas incumbidas da investigação ou processos pendentes - tendo como fundamento o segredo de Estado ou confidencialidade da informação, ou em razões de interesse público ou segurança nacional (Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010). Completando a ideia do aludido parágrafo, não se pode aceitar que, em se tratando de investigação de fato punível, o poder de estabelecer qual informação deve se guardar sigilo e, portanto, qualificá-la como inacessível, seja exclusivamente de um órgão estatal, “a cujos membros seja atribuída a prática de ato ilícito”, não podendo, de igual sorte, ficar à sua discricionariedade a decisão final sobre a existência da documentação solicitada.

Por todo o exposto, é indiscutível a riqueza do tema e a importância da correta aplicação por parte dos Estados do direito aqui comentado, qual seja, a liberdade de expressão e pensamento, corolário dos governos democráticos e de direito.

10 CONCLUSÃO

O sistema interamericano é fruto de um processo de internacionalização de direitos humanos iniciado em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Sua criação ocorreu em razão da mudança de mentalidade do pós-Segunda Guerra Mundial, no qual o bem estar humano passou a se tornar o principal motivo para a existência do Estado. Foi criado porque nas Américas existem problemas e situações peculiares que são desconhecidas da Europa, como questões dos povos indígenas e negros quilombolas, por exemplo.

O sistema interamericano está continuamente evoluindo para alcançar uma maior proteção do ser humano, sendo que a sua proximidade ajuda sobremaneira esse tipo de progresso moral da humanidade nas palavras de Norberto Bobbio.

A análise da situação de alguns países americanos perante o sistema interamericano revela que cada país se encontra num estágio de proteção dos direitos humanos no continente americano, apesar de possuírem algumas semelhanças com o Estado brasileiro. O Brasil tem prestigiado os dois órgãos, sendo que a Lei Maria da Penha é uma prova dessa efetiva adequação do País.

Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos não são desarmônicos com o global, uma vez que ambos possuem o objetivo de salvaguarda dos direitos do ser humano. Os sistemas regionais nascem para amparar o sistema global, pois este, em razão da grande extensão e população da Terra, e devido às peculiaridades de cada região do planeta, como língua, cultura, religião, costume, estrutura política dos Estados, entre outras coisas, não seria capaz de sozinho proteger com eficiência o ser humano da inércia ou desrespeito por parte dos Estados. Os sistemas regionais permitem uma maior rapidez na tutela dos direitos humanos.

O sistema interamericano possui natureza jurídica de mecanismo (ou sistema) regional suplementar de proteção internacional dos direitos humanos. Portanto, é um mecanismo de monitoramento dos compromissos assumidos pelos Estados- membros da OEA na matéria direitos humanos.

O sistema interamericano segue regras e princípios internacionais, entre eles: o Princípio *pro homine*, o Princípio da Proibição de regresso, a regra da Suplementariedade dos Órgãos de Proteção Internacional, da Necessidade do esgotamento dos Recursos Internos, e da Relativização da Soberania Estatal. São os mesmos preconizados pela ONU e defendidos pela doutrina visando a preservação da dignidade do ser humano em toda as suas esferas.

Os direitos humanos estão previstos em diversos tratados no âmbito do sistema interamericano, se destacando a Convenção Americana de 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

Independente do valor que o Supremo Tribunal conceda as normas da Convenção Americana, por se tratar de normas de direitos humanos, deve prevalecer sempre a mais benéfica, por força do princípio *pro homine*. No confronto entre direitos das leis internas ou da Constituição com os tratados e convenções, a que for mais benéfica prevalece.

A Convenção Americana influenciou algumas mudanças legislativas no ordenamento jurídico brasileiro interno para maior promoção da dignidade humana, entre as quais, a criação das medidas alternativas a pena privativa de liberdade trazida pela Lei. 12.403 de 4 de maio de 2011, que alterou o Código de Processo Penal brasileiro; a emenda n.º45 que acrescentou o LXXVIII ao art. 5.º da Carta Magna, proclamando a celeridade no processo como direito fundamental, sendo cláusula pétrea; e à alteração do disposto no art. 366 do Código de Processo Penal brasileiro, modificado pela Lei n.º 9.271, de 17 de abril de 1996, prevendo que se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional.

Por meio da interpretação mais benéfica dos tratados de direitos humanos no âmbito do sistema interamericano, as restrições ou limitações aos direitos neles proclamados cabe em casos excepcionais.

A Comissão Interamericana é tanto um órgão da OEA quanto órgão da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e por não ser um órgão jurisdicional ou tribunal a atuação, é caracterizado pela emissão de relatórios internacionais que visam o constrangimento dos Estados Americanos para reparação dos direitos que tenham violado.

A necessidade do esgotamento dos recursos internos cabe exceções, não bastando que o Estado ofereça acesso formal a Justiça, mas efetivo e sem nenhuma macula. Uma Justiça tardia é, segundo Rui Barbosa, é injustiça. Por isso, uma demora sem justificativa pode levar ao direito de acionar o sistema interamericano.

A Corte Interamericana é órgão só da Convenção Americana, tendo função jurisdicional no tocante a Convenção e consultiva no que diz respeito a todos os tratados de direitos humanos e aos membros da Organização dos Estados Americanos.

O Brasil já foi acionado cinco vezes pela Corte Interamericana, sendo condenado em quatro. Os casos são os seguintes: Damião Ximenes Lopes (2006), Gilson Nogueira de Carvalho (2006), Sétimo Garibaldi (2009), Escher e outros (2009), e Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) (2010), sendo que o caso Nogueira de Carvalho não resultou em condenação.

O caso Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) representa um marco na Corte Interamericana no tocante às responsabilidades dos Estados pelo período da ditadura e do direito a informação para os familiares, inclusive em documentos considerados secretos.

A Corte não se portou como “quarta instância” ao dizer que a decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei da Anistia deve ser revista e que não pode ser usada como óbice ao cumprimento na sentença, uma vez que somente decidiu sobre a violação de compromissos que o Estado brasileiro assumiu perante o sistema interamericano.

O direito de liberdade de expressão e pensamento está umbilicalmente ligado as sociedades democráticas, devendo sua limitação se dar em casos excepcionais.

Por fim, não se pode olvidar da riqueza do tema e de sua inexorabilidade de assuntos, sendo o presente trabalho uma colaboração para uma melhor compreensão a seu respeito.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf>. Acessado em 05 de março de 2011

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público.** 16. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. 916 p. ISBN 978-85-02-06638-0

AMARAL, Sérgio Tibiriçá, TEIXEIRA, Jonatas Eduardo Batista Martins. **CORTE E COMISSÃO INTERAMERICANA.** 2009. ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DAS FACULDADES INTEGRADAS "ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO" AMERICAN UNIVERSITY WASHINGTON COLLEGE OF LAW. Disponível em: <http://www.wcl.american.edu/>. Acessado em 01 de outubro de 2011

ARAS, Vladimir. 29/12/2010. **Mais uma batalha do Araguaia.** Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/artigos_ver.php?idConteudo=63706>. Acessado 02 de março de 2011.

ARAÚJO, Nádia de. **A INFLUÊNCIA DAS OPINIÕES CONSULTIVAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.** Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/24774/influencia_opinioes_consultivas_corte.pdf?sequence=1. Acessado em: 09 de setembro de 2011

ARRUDA, José Jobson de Andrade; PILETTI, Nelson. **Toda historia:** historia geral e historia do Brasil de acordo com as diretrizes curriculares nacionais para o ensino medio. 8. ed. São Paulo: Ática, 1999. 103 p. ISBN 85-08-07364-X

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito publico internacional:** a synthese dos principios e a contribuição do Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. 2 t.

BICUDO, Hélio. **Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais.** Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142003000100014&script=sci_arttext. Acessado em 17 de julho de 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 2004. 232 p. ISBN 85-7001-710-3

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; PEREIRA, Luciana Diniz Durães; BARROS, Mariana Andrade. **O SISTEMA AFRICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS.** Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/ua_brant_sistema_africano_leonardo_nemer_caldeira_brant.pdf. Acessado em 17 de julho de 2011.

BRASIL. **Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>.> Acessado em 05 de março de 2011

BRASIL. **VadeMecum / obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt, Livia Céspedes.** 9ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CARVALHO, Júlio Marino de. **Os direitos humanos no tempo e no espaço:** visualizados através do direito internacional, direito constitucional, direito penal e da história. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. 388 p.

CIDH. OAS. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/a.Introd.Port.htm>.> Acesso em: 23 de fevereiro de 2011.

COLEÇÃO II guerra mundial: 60 anos. São Paulo: Abril, 2005. 4 v.

Começar de Novo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/detentos-e-ex-detentos/pj-comecar-de-novo>. Acessado em 29 de agosto de 2011.

Comissão IDH. OEA. Relatório Anual 2000. Relatório 54/01. Caso 12051. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acessado em 10 de outubro de 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 577 p. ISBN 978-85-02-06961-9

CONJUR . **Condenação do Brasil não anula decisão do Supremo.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-dez-15/sentenca-corte-interamericana-nao-anula-decisao-supremo>>. Acessado: 03 de março de 2011.

CONSULTA SOBRE PROJETO DE REFORMA DO REGULAMENTO DA CIDH. Disponível em: <http://www.cidh.org/Comunicados/Port/PlazoRefRegl.port.htm>. Acessado em 17 de julho de 2011.

CORTE IDH. **OPINIÓN CONSULTIVA OC-5/85 DEL 13 DE NOVIEMBRE DE 1985 LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE PERIODISTAS (ARTS. 13 Y 29 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf. Acessado em 24 de agosto de 2011

Corte IDH. **Opinión Consultiva del 19 de enero de 1984 (OC-4/84). Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización solicitada por el gobierno de Costa Rica**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acessado: 22 de agosto de 2011.

Corte IDH. **Caso Nogueira de Carvalho e Outro Versus Brasil. Sentença de 28 de Novembro de 2006**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_161_por.pdf. Acessado em 04 de março de 2011.

Corte IDH. **Caso Escher e outros Vs. Brasil. Sentença de 6 de Julho de 2009**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf. Acessado em 21 de junho de 2011

Corte IDH. **Caso Garibaldi Vs. Brasil. Sentença de 23 de setembro de 2009**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/oea/garibaldi.pdf>. Acessado em 18 de junho de 2011

Corte IDH. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acessado em 18 de junho de 2011

Corte IDH. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf. Acessado em: 25 de agosto de 2011

Corte IDH. **CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL. SENTENÇA DE 24 DE NOVEMBRO DE 2010. (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)**. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acessado: 03 de março de 2011.

Corte IDH. **Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001(Fondo, Reparaciones y Costas).** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf. Acessado em 24 de agosto de 2011

Corte IDH. **“Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004.** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acessado em: 25 de setembro de 2011.

Corte IDH. **“Caso Palamara Iribarne Vs. Chile”. Sentencia de 22 de noviembre de 2005.** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf. Acessado em: 25 de setembro de 2011.

Corte IDH. **“Caso Canese Vs. Paraguai”. Sentencia de 31 de agosto de 2004.** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf. Acessado em: 25 de setembro de 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença:** as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009. 250 p

DELLA COSTA, Emiliano Humberto. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O BRASIL. Publicada na obra: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2., 2004) CURITIBA, PR. **Estudos de direito internacional:** anais do 2º congresso brasileiro de direito internacional. Curitiba: Juruá, 2004. 537 p. ISBN 85-362-0784-1

DIREITO internacional do século XXI: integração, justiça e paz. Curitiba: Juruá, 2003. 387 p. ISBN 85-362-0607-1

DIREITO internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem à Profa. Flávia Piovesan. Curitiba, PR: Juruá, 2004. 431 p. ISBN 85-362-0747-7

DIREITO internacional: homenagem a Adherbal Meira Mattos. São Paulo: Quartier Latin, 2009. 920 p. ISBN 85-7674-423-6

FIERRO, Guillermo J. **Ley penal y derecho internacional: doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera**. 3. ed., actual. y ampl. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007. 2 t. ISBN 978-950-792-1

GONÇALVES, Tatiana Stadella Siqueira; SANTOS, Jurandir José dos. **A suspensão do prazo prescricional no artigo 366 do código de processo penal**. Presidente Prudente, 2001. 82 p. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", 2001

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flavia; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; DULITZKY, Ariel E.; GALLI, Maria Beatriz; MELO, Mônica de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; KRSTICEVIC, Viviana. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 466 p. ISBN 85-203-1952-1

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 349 p. (Coleção ciências criminais ; 4) ISBN 978-85-203-3421-8

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 206 p. (Coleção direito e ciências afins ; 5) ISBN 978-85-203-3703-5

GOMES, Luiz Flávio. **DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: VALIDADE E OPERACIONALIDADE DO PRINCÍPIO "PRO HOMINE"**. Disponível em:
http://www.unigran.br/revistas/juridica/ed_anteriores/19/artigos/direito%20internacional.pdf. Acessado em 17 de julho de 2011

GOMES, Luiz Flávio. **Direito dos Direitos Humanos e a regra interpretativa do "Pro homine"**. Disponível em:
http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070717164530551. Acessado em 17 de julho de 2011

HENRIQUES, Andréia. **Trinta anos depois, STF decide que Lei da Anistia também perdoou torturadores**. Disponível em:
http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/TRINTA+ANOS+DEPOIS+STF+DECIDE+QUE+LEI+DA+ANISTIA+TAMBEM+PERDOOU+TORTURADORES_69089.shtml. Acessado em 03 de março de 2011.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994. v. 1 (Biblioteca de direito público).

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994. v. 1 (Biblioteca de direito público).

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos humanos: a construção universal de uma utopia: a dialética dos direitos humanos**. Aparecida, SP: Santuário, 1997. 217 p. ISBN 85-7200-455-6

ISRAEL, Jean-Jacques. **Direito das liberdades fundamentais**. 1. ed. Barueri, SP: Manole, 2005. 667 p. ISBN 85-204-1646-2

JAYME, Fernando G. **Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 200 p. ISBN 85-7308-709-9

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. Novo Regulamento da Corte Interamericana. Disponível em: http://www.direitoshumanos.etc.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8894:novo-regulamento-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos&catid=33:onuoea&Itemid=157. Acessado em 23 de janeiro de 2011.

LEITE, Jose Rubens Morato. **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas : uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003. 353 p. ISBN 85-02-04200-9 –

MALUF, Sahid. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL (Conforme Constituição de 1969)**. Volume 2.º, Parte Especial, 5.ª edição, Sugestões Literárias S/A. -1970-

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos & cidadania: à luz do novo direito internacional**. Campinas: Minelli, 2002. 167 p. ISBN 8588884062

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 990 p. ISBN 978-85-203-3579-6

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 335 p. ISBN 978-85-224-4876-0

OAS. Sem página. Disponível em: <http://www.oas.org/en/default.asp> Acessado em 04 de outubro de 2011.

OAS. MEDIDAS CAUTELARES, sem página. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/medidas/2009.sp.htm>. Acessado em: 01/09/2011.

OEA. Comissão. **Demanda perante a Corte. Caso 11.552. Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Contra Brasil.** Disponível em: <http://www.cidh.org/demandas/11.552%20Guerrilha%20do%20Araguaia%20Brasil%2026mar09%20PORT.pdf>. Acessado: 03 de março de 2011

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual de direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Método, 2008. 349 p. (Série Concursos públicos) ISBN 978-85-7660-272-9

PEREIRA, Vany Leston Pessione. **Os direitos humanos na Corte Interamericana: o despertar de uma consciência jurídica universal.** Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=16#_ftn17. Acessado em 01 de setembro de 2011.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 552 p. ISBN 978-85-02-06898-8

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário.** 2. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010. 819 p. ISBN 85-7761-281-3

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário.** Salvador: JusPODIVM, 2009. 826 p. ISBN 85-7761-244-9

PROERD (Programa Educacional de Resistência às Drogas). Disponível em: <http://www.proerd.rn.gov.br/oquee.htm>. Acessado em: 03 de setembro de 2011.

-----Programa sobre o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos da Associação pelos Direitos Cíveis (ADC). **A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.** Disponível em: http://www.adcsidh.org/images/files/documento_estandares_libex_final_ultimoport.pdf. Acessado em 24 de agosto de 2011

QUAIS SÃO AS FUNÇÕES E ATRIBUIÇÕES DA CIDH? .Disponível em: - <http://www.cidh.org/comissao.htm>-. Acessado em: 27 de Janeiro de 2011

REGLAMENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>. Acessado em 17 de julho de 2011.

REIS, Fábio Renato Mazzo. **A soberania do Estado frente à nova arquitetura política mundial**. Presidente Prudente, 2004. 103 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2004;

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 463 p. ISBN 978-85-02-11027-4

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 1992. 91 p. ISBN 8573940212

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 435 p. ISBN 978-85-384-0109-4

SARMENTO, Daniel; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 945 p. ISBN 978-85-375-0281-5

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Estudos e debates em direitos humanos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. 331 p. ISBN 978-85-7874-119-8
SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thais Novaes (Coord.). **Princípios humanistas constitucionais**: reflexões sobre o humanismo no século XXI. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. 417 p. ISBN 978-85-89917-64-3

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> . Acessado em 28 de setembro de 2011.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2011. v, 1 (Série Concursos públicos) ISBN 85-7660-097-8

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos**

URIESTE BRAGA, Fernando. **Libertad de expresión y derechos humanos**. Montevideo: B de F, 2008. 372 p. ISBN 978-9974-676-01-5

VERGÉS, Salvador. **Derechos humanos** : fundamentacion. Madrid: Tecnos, 1997. 200 p.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999-2006. 148 p. ISBN 85-7420-140-

ANEXO I

Aqui se encontram as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal no tocante ao valor supralegal da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, bem como referencia a possibilidade de um tratado possuir valor constitucional, e a impossibilidade da prisão civil do depositário infiel. Senão vejamos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. SALVO-CONDUTO. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. DÍVIDA DE CARÁTER NÃO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do "responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia" (inciso LXVII do art. 5º da CF/88). Precedentes: HCs 87.585 e 92.566, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 2. A norma que se extrai do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal é de eficácia restringível. Pelo que as duas exceções nela contidas podem ser aportadas por lei, quebrantando, assim, a força protetora da proibição, como regra geral, da prisão civil por dívida. 3. O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil - Decreto 678 de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do artigo 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional -- à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º --, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. 4. No caso, o paciente corre o risco de ver contra si expedido mandado prisional por se encontrar na situação de infiel depositário judicial. 5. Ordem concedida. (HC 94013, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-02 PP-00267 RT v. 98, n. 885, 2009, p. 155-159 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 390-396)

EMENTA: HABEAS CORPUS. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO WRIT AJUIZADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MITIGAÇÃO DA SÚMULA 691/STF. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. INADMISSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO PLENÁRIA DESTES SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do "responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia" (inciso LXVII do art. 5º da CF/88). Precedentes: HCs 87.585 e 92.566, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 2. A norma que se extrai do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal é de eficácia restringível. Pelo que as duas exceções nela contidas podem ser aportadas por lei, quebrantando, assim, a força protetora da proibição, como regra geral, da prisão civil por dívida. 3. O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil - Decreto 678, de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do artigo 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a

prisão civil por dívida. Não é norma constitucional -- à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º --, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. 4. Na concreta situação dos autos, a prisão civil do paciente foi decretada com base nos artigos 652 do Código Civil e 904, parágrafo único, do Diploma Civil Adjetivo. A autorizar, portanto, a mitigação da Súmula 691. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (HC 94523, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-02 PP-00343 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 419-423)

EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL OU DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF (INFORMATIVO/STF 531). CONCESSÃO DA ORDEM. I - O Plenário desta Corte, na sessão de julgamento de 3 de dezembro do corrente ano, ao julgar os REs 349.703 e 466.343, firmou orientação no sentido de que a prisão civil por dívida no Brasil está restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia. II - Ordem concedida. (HC 92817, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 16/12/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-03 PP-00433)

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplex configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o

que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)

DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, §2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. Habeas corpus concedido.

(HC 95967, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008, DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-02 PP-00407 RTJ VOL-00208-03 PP-01202)

DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. RELATIVIZAÇÃO DA SÚMULA 691, STF. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. A decisão impugnada via o presente habeas corpus encampou orientação jurisprudencial pacificada no âmbito do STJ no sentido do não cabimento do writ contra indeferimento de pedido liminar em outro habeas corpus, salvo nos casos de flagrante ilegalidade ou abuso de poder na denegação da tutela de eficácia imediata, sob pena de supressão de instância. No corpo da própria decisão, foi colacionada a Súmula nº 691, desta Corte. 3. Contudo, diante da orientação que vem se delineando no âmbito desta Corte, a hipótese comporta relativização do enunciado 691, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, especialmente devido à inadmissibilidade da prisão civil do depositário infiel no Direito brasileiro contemporâneo. 4. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento

jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 5. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, §2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 6. Habeas corpus concedido. (HC 94702, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 07/10/2008, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-03 PP-00583)

DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. O julgamento impugnado via o presente habeas corpus encampou orientação jurisprudencial pacificada, inclusive no STF, no sentido da existência de depósito irregular de bens fungíveis, seja por origem voluntária (contratual) ou por fonte judicial (decisão que nomeia depositário de bens penhorados). Esta Corte já considerou que "o depositário de bens penhorados, ainda que fungíveis, responde pela guarda e se sujeita a ação de depósito" (HC nº 73.058/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ de 10.05.1996). Neste mesmo sentido: HC 71.097/PR, rel. Min. Sydney Sanches, 1ª Turma, DJ 29.03.1996). 3. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 4. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, §2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 5. Habeas corpus concedido. (HC 88240, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 07/10/2008, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-01 PP-00199 RSJADV dez., 2008, p. 20-22 RT v. 98, n. 879, 2009, p. 176-180 RF v. 104, n. 400, 2008, p. 370-374)

EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL OU DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF (INFORMATIVO/STF 531). CONCESSÃO DA ORDEM. I - O Plenário desta Corte, na sessão de julgamento de 3 de dezembro do corrente ano, ao julgar os REs 349.703 e 466.343, firmou orientação no sentido de que a prisão civil por dívida no Brasil está restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia. II - Ordem concedida. (HC 92817, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 16/12/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-03 PP-00433)

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Provimento Parcial. Prisão Civil. Depositário infiel. Possibilidade. Alegações rejeitadas. Precedente do Pleno. Agravo regimental não provido. O Plenário da Corte assentou que, em razão do status supralegal do Pacto de São José da Costa Rica, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. (RE 404276 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-06 PP-01109 LEXSTF v. 31, n, 364, 2009, p. 169-172)

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-DECISÃO RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. PENAL. PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DO PLENÁRIO DESTE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA VINCULANTE N. 25. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. INFORMAÇÕES. VISTA AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. Relatório 1. Reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada por ATÍLIO MARIA DE SOUZA, por intermédio da DEFENSORIA PÚBLICA DE SÃO PAULO, contra ato do juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo/SP, que teria supostamente contrariado o disposto na Súmula Vinculante n. 25 do Supremo Tribunal Federal. O caso 2. Tem-se nos autos que, ajuizada ação de dissolução de sociedade comercial por Agnaldo Rodrigues de Souza contra Geraldo Maria de Souza (processo n. 564.01.1995.014863-5/000000-000 e 1358/1995), o Reclamante ficou como depositário de determinados bens. 3. Intimado para apresentar esses bens, o Reclamante não os teria apresentado em sua totalidade e os que foram apresentados não estariam em estado de uso. 4. O autor da ação de

dissolução de sociedade comercial, em petição, afirmou que não aceitava os bens apresentados e pleiteou fossem apresentados em sua totalidade e em seu estado anterior ou seu equivalente em dinheiro, sob pena de prisão.

5. O Reclamante não foi encontrado. O juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo/SP, autoridade ora Reclamada, decretou sua prisão como depositário infiel em 7.8.2002 por trinta dias, com validade até 7.8.2004. Expirado o prazo do mandado de prisão, foi expedido novo mandado de prisão por trinta dias em 10.9.2004, com validade até 10.9.2006.

6. O Reclamante foi preso em 5.9.2005 e houve determinação para que informasse a localização dos bens que estavam sob seus cuidados. Em razão de suposto erro no mandado, o oficial de justiça teria se dirigido a local diverso do qual o Reclamante havia sido recolhido.

7. O Reclamante foi solto pelo decurso do prazo de trinta dias e, não tendo havido êxito nas diligências empreendidas para localizá-lo, a autoridade ora Reclamada decretou novamente a prisão pelo prazo de trinta dias em 14.12.2006.

8. Expirado o prazo de validade desse último mandado, foi expedido novo mandado em 9.8.2011, que foi cumprido.

9. O Reclamante ajuíza a presente ação, na qual alega contrariedade à Súmula Vinculante n. 25 do Supremo Tribunal Federal. Ressalta que “a única exceção que admite a prisão civil é o caso do devedor voluntário de prestação de alimentos, estando excluída a antiga hipótese da prisão civil do depositário infiel”. Este o teor dos pedidos: “Por todo exposto, requer a concessão da medida liminar suspendendo o efeito da decisão monocrática proferida pelo MM. Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo, nos autos no processo n. 1358/1995, que decretou a prisão civil do ora requerente. Ao final, requer que seja julgada procedente a presente reclamação, confirmando a medida liminar, a fim de anular o ato em apreço”.

Examinados os elementos havidos nos autos, DECIDO.

10. O advento do instituto da súmula vinculante inaugurou nova hipótese de cabimento de reclamação para o Supremo Tribunal Federal, conforme disposto no art. 103-A, § 3º, da Constituição da República. Assim, a contrariedade à determinada súmula ou a sua aplicação indevida por ato administrativo ou decisão judicial possibilita a atuação do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar a reclamação procedente, pode anular o ato ou cassar a decisão e determinar que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. Na espécie vertente, o Reclamante afirma ter sido contrariada a Súmula Vinculante n. 25 do Supremo Tribunal Federal.

11. Neste exame preambular, a exposição dos fatos e a verificação das circunstâncias presentes e comprovadas na ação conduzem ao deferimento do pedido de medida liminar, em razão da plausibilidade jurídica da presente ação. Depois de haver decidido de modo diverso (nesse sentido, por exemplo, o julgamento plenário, em 21.11.1962, do RHC 39.583, Rel. Min. Pedro Chaves; e o julgamento dos HC 84.484, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 7.10.2005; RHC 90.759, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 22.6.2007; HC 92.541, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 25.4.2008; e HC 92.257, de minha relatoria, DJe 11.4.2008), em 3.12.2008, no julgamento dos Habeas Corpus n. 87.585 e 92.566, Relator o Ministro Marco Aurélio, e do Recurso Extraordinário n. 466.343, Relator o Ministro Cezar Peluso, e Recurso Extraordinário n. 349.703, cujo Redator para o acórdão foi o Ministro Gilmar Mendes, este Supremo Tribunal reapreciou a matéria e concluiu inviável a prisão civil do depositário infiel. Preponderou o entendimento de que a única possibilidade de prisão por dívida é a do devedor inescusável de pensão alimentícia, o que inviabiliza a prisão do depositário nas demais obrigações civis e do depositário judicial: “DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel” (HC 87.585, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 26.6.2009). “PRISÃO CIVIL - PENHOR RURAL - CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA - BENS - GARANTIA - IMPROPRIEDADE. Ante o

ordenamento jurídico pátrio, a prisão civil somente subsiste no caso de descumprimento inescusável de obrigação alimentícia, e não no de depositário considerada a cédula rural pignoratícia” (HC 92.566, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 5.6.2009). “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 5.6.2009). “PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão 'depositário infiel' insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO” (RE 349.703, Rel. Min. Ayres Britto, Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, DJe 5.6.2009). Editou-se, então, a Súmula Vinculante n. 25, a qual estabelece que “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. 12. Pelo exposto, com base no que decidido pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal, defiro medida liminar para determinar que o juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo/SP expeça alvará de soltura em favor do Reclamante, com relação ao processo n. 564.01.1995.014863-5/000000-000 (1358/1995), salvo se por outro motivo estiver preso. Oficie-se, com urgência, ao juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo/SP, para que tome ciência desta decisão e preste informações pormenorizadas quanto ao alegado na presente ação. Remeta-se, com o ofício, a ser enviado, com urgência e por

fax, cópia da inicial e da presente decisão. 13. Prestadas as informações, vista ao Procurador-Geral da República. Publique-se. Brasília, 16 de agosto de 2011. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora (Rcl 12328 MC, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 16/08/2011, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 19/08/2011 PUBLIC 22/08/2011)

ANEXO II

Resposta ao e-mail enviado a Corte Interamericana almejando informações sobre sua atuação.

San José, 29 de abril de 2011

REF. MS/LA/CG/036

Prezado senhor Teixeira,

Tenho o agrado de dirigir-lhe a presente com o propósito de acusar o recebimento de sua comunicação de 27 de março de 2011, recebida na Secretaria da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da qual solicitou resposta a várias perguntas relacionadas com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Corte Interamericana.

No que concerne ao seu escrito, permito-me indicar-lhe as respostas às perguntas concretas formuladas por vossa senhoria.

1. Qual a natureza jurídica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos?

Os Estados americanos, no exercício de suas soberanias e no âmbito da Organização dos Estados Americanos, adotaram uma série de instrumentos internacionais que converteram-se na base de um sistema regional de promoção e proteção dos direitos humanos, conhecido como Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O Sistema Interamericano iniciou-se formalmente com a aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem em 1948. Tal sistema reconhece e define os direitos consagrados nos instrumentos interamericanos e estabelece obrigações relacionadas à sua promoção, garantia e proteção. Desta forma, através deste Sistema criaram-se dois órgãos destinados a velar pelo seu monitoramento: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2. Qual o entendimento da Corte sobre a tese da “quarta instância”?

Quanto ao critério do Tribunal sobre a “quarta instância”, permito-me indicar-lhe que nos parágrafos 43 a 49 da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas de 24 de novembro de 2010 do *Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil* poderá encontrar informação que lhe pode ser útil.

3. O que representa a OC- 5 para a Liberdade de Expressão?

A função consultiva da Corte Interamericana é o meio pelo qual a Corte responde a consultas formuladas pelos Estados membros ou por órgãos da OEA. Tal faculdade e seu procedimento encontram-se previstos no artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Além disso, informo que o cumprimento dos requisitos estipulados no citado artigo do regulamento para uma Opinião Consultiva não obriga a Corte a respondê-la. Neste sentido, para determinar a procedência da consulta, o Tribunal deve ter presente considerações que transcendam questões meramente formais e que se relacionem com as características que reconheceu no exercício da sua função consultiva.

Quanto à OC-5, o Tribunal não pode emitir maiores considerações às refletidas no texto da opinião consultiva, a qual lhe convido a consultar através do seguinte link

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

4. Quais os principais avanços que ocorreram na Corte (e no Sistema Interamericano de Direitos Humanos como um todo) nos últimos 5 anos?

Com respeito aos avanços do Tribunal e do Sistema Interamericano nos últimos cinco anos, permito-me indicar-lhe que tanto a Corte Interamericana como a Comissão Interamericana emitem anualmente relatórios sobre seus trabalhos. Esses relatórios anuais do Tribunal e da Comissão podem ser consultados através dos seguintes links

<http://www.corteidh.or.cr/informes.cfm> (Corte Interamericana)

<http://www.cidh.oas.org/anuales.port.htm> (Comisión Interamericana)

5. Quais são as propostas de reforma ou inovação para aumentar a proteção dos direitos humanos e fortalecer ainda mais a Corte (e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos como um todo)?

Atualmente não existe nenhuma proposta de reforma do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Entretanto, permito-me indicar-lhe que em novembro de 2009, houve a mais recente reforma do Regulamento da Corte Interamericana, o qual pode ser consultado através do seguinte link:

<http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>

http://www.corteidh.or.cr/docs/regla_victimas/victimas_esp.pdf

Do mesmo modo, informo-lhe que recentemente aprovou-se o Regulamento da Corte Interamericana sobre o Fundo de Assistência Legal a Vítimas, que pode ser acessado através do seguinte link:

<http://www.corteidh.or.cr/sistemas.cfm?id=2>

Sem prejuízo do indicado anteriormente, permito-me reiterar-lhe o conteúdo da nota desta Secretaria de 17 de março de 2011 (REF. MS/LA/CG/022) na qual indicou-se que a Corte e o Instituto Interamericano de Direitos Humanos contam com uma Biblioteca Conjunta, que oferece o serviço de elaboração de bibliografias específicas e envio de documentos por fax, e-mail ou por correio normal, para atender as necessidades de informação dos seus utilizadores. Permito-me indicar-lhe o endereço da Biblioteca, em caso que vossa senhoria deseje realizar uma consulta específica sobre algum tema de interesse:

Biblioteca Conjunta da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Instituto Interamericano de Direitos Humanos

San José, Costa Rica

Telefone: (506) 25271600

Fax: (506) 22252741

Correio eletrônico: biblioteca@corteidh.or.cr

Página web: www.corteidh.or.cr/biblioteca

Aproveito o ensejo para expressar-lhe meus protestos de estima e consideração.

Pablo Saavedra Alessandri

Secretário

Senhor

Jonatas Teixeira

Correio eletrônico: jonatas_tex@hotmail.com