

COLETÂNEA DE ARTIGOS

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS:

**70 anos da Declaração Universal dos
Direitos Humanos e 20 anos do
reconhecimento da jurisdição da
Corte Interamericana de Direitos
Humanos e as mudanças na aplicação
do direito no Brasil**



DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS:

**70 anos da Declaração Universal dos
Direitos Humanos e 20 anos do
reconhecimento da jurisdição da
Corte Interamericana de Direitos
Humanos e as mudanças na aplicação
do direito no Brasil**

Ministério Público Federal

Procuradora-Geral da República

Raquel Elias Ferreira Dodge

Vice-Procurador-Geral da República

Luciano Mariz Maia

Vice-Procurador-Geral Eleitoral

Humberto Jacques de Medeiros

Ouvidor-Geral do Ministério Público Federal

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho

Corregedor-Geral do Ministério Público Federal

Oswaldo José Barbosa Silva

Secretário-Geral

Alexandre Camanho de Assis

Secretária-Geral Adjunta

Eloá Todarelli Junqueira



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS:

**70 anos da Declaração Universal dos
Direitos Humanos e 20 anos do
reconhecimento da jurisdição da
Corte Interamericana de Direitos
Humanos e as mudanças na aplicação
do direito no Brasil**

© 2019 - MPF

Todos os direitos reservados ao Ministério Público Federal

Disponível em:

http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/coletanea_direitos_humanos_fundamentais.pdf

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

B823d

Brasil. Ministério Público Federal.

Direitos humanos fundamentais : 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e 20 anos do reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as mudanças na aplicação do direito no Brasil : coletânea de artigos – Brasília : MPF, 2019.

390 p.

Disponível também em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/coletanea_direitos_humanos_fundamentais.pdf

ISBN 978-85-85257-46-0

1. Direitos humanos. 2. Nações Unidas (ONU). Assembléia Geral. Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). 3. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 4. Direitos difusos. I. Secretaria de Direitos Humanos e Defesa Coletiva. II. Título.

CDDir 341.12191

Elaborado por Isabella de Oliveira e Nóbrega – CRB 1/3131

Coordenação e Organização

Secretaria de Direitos Humanos e Defesa Coletiva

Planejamento visual, revisão e diagramação

Secretaria de Comunicação Social

Normalização Bibliográfica

Coordenadoria de Biblioteca e Pesquisa (Cobip)

Procuradoria-Geral da República

SAF Sul, Quadra 4, Conjunto C

Fone (61) 3105-5100

70050-900 - Brasília - DF

www.mpf.mp.br

Sumário

	Apresentação	7
1	DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA: CLASSIFICAÇÃO EM “GERAÇÕES”/DIMENSÕES	11
	<i>Vera Lúcia Viegas Liquidato</i>	
2	A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS E OS CORRESPONDENTES PROCEDIMENTOS: DO INTERNACIONAL AO NACIONAL	18
	<i>Luiz Guilherme Arcaro Conci</i> <i>Konstantin Gerber</i>	
3	LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS: UNA FLAMA QUE ENCIENDE LA ESPERANZA DE LOS PUEBLOS	34
	<i>Gonzalo Aguilar Cavallo</i>	
4	O DIREITO À SAÚDE E OS 70 ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS	50
	<i>Deisy Ventura</i>	
5	DIRETRIZES PARA UMA AGENDA INTERAMERICANA SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS: DIÁLOGO ENTRE OS SISTEMAS GLOBAL E INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	71
	<i>Manoela Carneiro Roland</i>	
6	O PAPEL DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NA PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS E O BRASIL	96
	<i>Helisane Mahlke</i>	
7	POR QUEM OS SINOS DOBRAM: APORTES DA CORTE INTERAMERICANA PARA O FORTALECIMENTO DO PROGRAMA DE PROTEÇÃO A DEFENSORES E DEFENSORAS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL (PPDDH)	116
	<i>Isabel Penido de Campos Machado</i>	
8	A FAMÍLIA NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS: EVOLUÇÃO INTERPRETATIVA E IMPACTOS NO DIREITO INTERNACIONAL NOS ÚLTIMOS SETENTA ANOS	143
	<i>Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian</i>	
9	OS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS SOB UM OLHAR COMPARATIVO ENTRE A PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	163
	<i>Bruno Pegorari</i>	
10	O CONCEITO DE TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO PARA A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	184
	<i>José Lucas Santos Carvalho</i> <i>Flávia de Ávila</i>	

11	SAÚDE MENTAL NA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL: CASO XIMENES LOPES VERSUS BRASIL.....	204
	<i>Diana Tognini Saba</i>	
12	DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO: COMPROMISSOS DO ESTADO BRASILEIRO DEMOCRÁTICO POR MEIO DE PLANOS E DIRETRIZES.....	225
	<i>Ana Maria Klein</i> <i>Flaviana de Freitas</i>	
13	JUSTIÇA SOCIAL COMO REDISTRIBUIÇÃO E RECONHECIMENTO: IGUALDADE DE GÊNERO E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	246
	<i>Surrailly Fernandes Youssef</i>	
14	O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E CRIMES CONTRA A HUMANIDADE: UMA VISÃO SOBRE O CASO VLADIMIR HERZOG NA CORTE INTERAMERICANA.....	281
	<i>Paula Monteiro Danese</i>	
15	CORTES INTERNACIONAIS vs. CORTES CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS: ENSAIO EM HOMENAGEM AOS 20 ANOS DA JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA DA CORTE INTERAMERICANA PARA O BRASIL.....	300
	<i>Christian Perrone</i>	
16	CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: DESAFIO PARA ALÉM DA JURISDIÇÃO CONTENCIOSA OBRIGATÓRIA.....	325
	<i>Saulo Stefanone Alle</i>	
17	DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO PROCEDIMENTAL DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: EM BUSCA DE UM LUGAR AO SOL.....	344
	<i>Daniela Bucci</i>	
18	A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NOS ANOS 1980: UMA "CORTE" PEDRO NIKKEN?.....	363
	<i>Siddharta Legale</i>	

Apresentação

A presente coletânea celebra os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e os 20 anos do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil.

Há evidente entrelaçamento entre as duas comemorações. De um lado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos representa um marco na internacionalização, em sentido estrito, da temática. Após a Carta da Organização das Nações Unidas, que inseriu a promoção dos direitos humanos como um dos objetivos principais da organização então criada, era necessário densificar o rol dos direitos protegidos. Por isso, foi aprovada, sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, em Paris, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que contém 30 artigos e explicita o rol de direitos humanos aceitos internacionalmente.

Também é importante ressaltar a precocidade da enumeração dos direitos humanos protegidos internacionalmente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Durante a 9ª Conferência Interamericana realizada em Bogotá, entre 30 de março a 2 de maio de 1948, foram aprovadas a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. A Declaração Americana, que é anterior à Declaração Universal de Direitos Humanos, reconheceu a universalidade dos direitos humanos ao expressar que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão ou nacional de um Estado, mas, sim, de sua condição humana (Preâmbulo da Declaração).

Contudo, a internacionalização dos direitos humanos seria imperfeita, caso os Estados pudessem interpretar livremente os textos internacionais, o que redundaria no localismo na aplicação das normas internacionais. Seria possível, então, pela via interpretativa nacional, a criação de uma “Declaração Universal dos Direitos Humanos local”, contrariando a própria essência da proteção internacional desses direitos essenciais. Por isso, completa a internacionalização da temática a criação dos processos internacionais de direitos humanos, que têm no funcionamento da jurisdição contenciosa obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) um de seus exemplos, sem contar a constante atividade da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH).

Unindo, então, a perspectiva material (o conteúdo dos direitos previstos na DUDH) com a perspectiva processual (a jurisdição da Corte IDH), a presente obra reúne artigos que expõem essas duas facetas indispensáveis da internacionalização dos direitos humanos.

Em capítulo introdutório, Vera Lúcia Viegas Liquidato tece algumas considerações sobre a concepção dos direitos fundamentais da pessoa humana enquanto “gerações”

ou dimensões, aludindo aos primórdios da classificação em gerações e algumas repercussões, bem como a argumentos de oposição a essa ideia.

Luiz Guilherme Arcaro Conci e Konstantin Gerber examinam a Declaração Universal de Direitos Humanos em sua aplicação nos planos internacional e doméstico, ora como costume internacional/direito costumeiro, ora como princípio geral de direito e, ainda, como norma *ius cogens*, a depender do dispositivo aplicado.

O artigo de Gonzalo Aguilar Cavallo analisa a contribuição da Declaração Universal dos Direitos do Homem para a cultura do direito e a transcendência da DUDH sobre o bem-estar humano, abordando as diferentes funções que a declaração poderia cumprir, suas características e seus efeitos derivados.

Deisy Ventura, por sua vez, escreve sobre o Direito à Saúde e os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, criticando a atuação não linear do sistema onusiano e atentando para os efeitos negativos da atuação por vezes contraditória das diferentes agências da ONU em relação à temática.

Manoela Carneiro Roland expõe as Diretrizes para uma Agenda Interamericana sobre Empresas e Direitos Humanos: diálogo entre os Sistemas Global e Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, apresentando os elementos essenciais que deveriam integrar um estudo sobre “Empresas e Direitos Humanos”.

Helisane Mahlke analisa a contribuição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para o Direito Internacional dos Refugiados, sobretudo no Brasil, apontando os impactos da gramática de direitos humanos na temática do acolhimento.

Em seu artigo, Isabel Penido de Campos Machado aborda os aportes da Corte Interamericana para o fortalecimento do Programa de Proteção a Defensores e Defensoras de Direitos Humanos no Brasil (PPDDH), buscando analisar se o Programa Nacional de Proteção dos Defensores de Direitos Humanos (instituído pelos Decretos Federais nº 6.044/2007 e nº 8.724/2016) preenche os parâmetros mínimos estabelecidos pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Já Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian analisa o artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, relacionado ao direito a se casar e a fundar uma família, discorrendo sobre os trabalhos preparatórios de aludido documento. Em seguida, relata os avanços, desafios e perspectivas no Direito Internacional de Família em linha com os direitos humanos, que hoje devem ser observados por Estados e organismos internacionais com relação à não discriminação e ao direito à felicidade dos membros da família, especialmente quanto à igualdade de gênero e proteção da mulher, de famílias homoafetivas ou originadas por processos bioéticos.

Os direitos territoriais indígenas são abordados no artigo de autoria de Bruno Pegorari sob o olhar comparativo entre a perspectiva do Supremo Tribunal Federal e a da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O autor analisa a tese do marco temporal da ocu-

pação como uma forma de parâmetro interpretativo restritivo ao direito à terra dos povos indígenas no Brasil, a partir de uma visão comparada entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Já o artigo de José Lucas Santos Carvalho e Flávia de Ávila abarca o conceito de trabalho escravo contemporâneo para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, analisando a prevalência do uso da jurisprudência na fundamentação da Corte na decisão do Caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contra a República Federativa do Brasil” para conceituar o Trabalho Escravo Contemporâneo (TEC).

O artigo de Diana Tognini Saba sobre saúde mental na jurisprudência internacional analisa detidamente o Caso Ximenes Lopes, seus impactos no Brasil e o diálogo que se pode estabelecer com outros precedentes internacionais a respeito do tema.

Ana Maria Klein e Flaviana de Freitas, por sua vez, centralizam o seu estudo na relação “Declaração Universal dos Direitos Humanos e Educação”, analisando o compromisso do Estado brasileiro democrático por meio dos planos e diretrizes nacionais.

Surrailly Fernandes Youssef dá continuidade à coletânea com seu artigo “Justiça Social como Redistribuição e Reconhecimento: Igualdade de Gênero e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”. A autora analisa a jurisprudência contenciosa da Corte sobre violência contra mulher no período de 2006 a 2015, buscando identificar se o conceito de igualdade de gênero desenvolvido pela Corte comporta a noção de paridade de participação e se esta identifica, em sua jurisprudência, como causas da desigualdade de gênero, a distribuição injusta de bens socioeconômicos e padrões culturais e simbólicos excludentes, articulando as duas dimensões de justiça na proposição de reparações.

Por sua vez, Paula Monteiro Danese escreve sobre a evolução do tratamento dos crimes contra a humanidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Para tanto, explora o conceito legal e doutrinário do crime contra a humanidade e sua construção jurisprudencial no Direito Internacional. Finalmente, aborda a última decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que tratou sobre crimes contra a humanidade: o Caso Vladimir Herzog.

Christian Perrone, a seu turno, compara as decisões proferidas pelas Cortes Internacionais e as Cortes Constitucionais na aplicação dos tratados de direitos humanos, concentrando sua atenção na Corte IDH e no exercício de sua função jurisdicional.

Na sequência, Saulo Stefanone Alle fala sobre os 20 anos do reconhecimento jurisdicional obrigatória da Corte IDH e problematiza um aspecto de sua atuação, assim como das Cortes Internacionais de Direitos Humanos em geral: a importância de zelar pelo reconhecimento da legitimidade de suas decisões, que pode vir a ser neutralizada em situações de crise, exatamente quando a sua atuação efetiva é mais necessária.

Daniela Bucci, a seu turno, escreve sobre os desafios na implementação procedimental das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. No decorrer do texto, a autora analisa as diversas reparações determinadas pela Corte IDH em casos contenciosos, a forma como essas decisões são supervisionadas e a resposta do Estado brasileiro ao longo dos últimos 20 anos, destacando os desafios para a implementação das decisões no plano interno.

Encerrando os trabalhos, Siddharta Legale escreve sobre os diferentes perfis de atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao longo de sua história, partindo de um papel tipicamente consultivo nos anos 1980 e avançando para uma atuação mais contenciosa e interveniente nos anos que se seguiram.

Os temas aqui desenvolvidos mostram a riqueza da reflexão crítica sobre os direitos humanos: há discussões sobre aspectos normativos (a natureza jurídica da DUDH; a hierarquia; funções), passando por temas específicos (saúde, educação, trabalho escravo, saúde mental, gênero empresas e direitos humanos, refugiados, defensores e defensoras de direitos humanos), redundando em análises sobre aspectos procedimentais e referentes ao cumprimento das deliberações internacionais no Brasil.

Pela variedade dos conteúdos e das abordagens, a presente obra é abrangente, devendo ser vista como uma contribuição para o estudo do da Declaração Universal dos Direitos Humanos e ainda da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e visa evidenciar a relevância da temática dos direitos humanos para todas e todos no Brasil.

Boa leitura!

Brasília, novembro de 2018.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

Luciano Mariz Maia
Vice-Procurador-Geral da República

André de Carvalho Ramos
**Secretário de Direitos Humanos e Defesa Coletiva
do Gabinete da Procuradora-Geral da República**

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA: CLASSIFICAÇÃO EM “GERAÇÕES”/DIMENSÕES

Vera Lúcia Viegas Liquidato¹

Resumo: Nesta obra de comemoração ao 70º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, considerando a grande quantidade de direitos contemplados por esta, que poderiam ser classificados como pertencentes a dimensões diferentes de direitos humanos, o presente texto² é um capítulo introdutório que tece algumas considerações sobre a concepção dos direitos fundamentais da pessoa humana enquanto “gerações” ou dimensões. E tem por escopo apenas pontuar a discussão, aludindo aos primórdios da classificação em gerações e algumas repercussões, bem como a argumentos de oposição a essa ideia. Portanto, não é desiderato deste capítulo exaurir a discussão nem trazer referências exaustivas sobre o tema. Considerar-se-á a ideia geracional dos direitos humanos e seus desdobramentos: classificação de Karel Vasak e adaptação de Norberto Bobbio a essa classificação, opositores a essa ideia e seus argumentos e qual sugestão de expressão para substituir o termo “gerações”. Por fim, oferece-se posicionamento crítico a respeito desse tema.

Palavras-chave: Declaração Universal dos Direitos Humanos. Gerações de Direitos Humanos. Dimensões de Direitos Humanos. Karel Vasak. Norberto Bobbio. Canção Trindade.

Abstract: *In this book commemorating the 70 years of the Universal Declaration of Human Rights, taking in consideration the great number of the human rights contemplated by it, those could be classified as part of different dimensions of the human rights, this text³ is an introductory chapter that makes some considerations about the conception of the fundamental rights of the human being as “generations” or dimensions. Its scope is to punctuate the discussion, alluding to the beginnings of the classification in generations and some repercussions, as well as, the arguments of opposition to this idea. Therefore, it’s not the desideratum of this chapter to exhaust the discussion, nor to bring exhaustive references to this subject. It will be considered the generational idea of the human rights*

¹ Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (tese escrita na Universidad de Granada). Especialista em Direito da Integração pela Università Tor Vergata (Roma). Especialista em Direito Internacional Humanitário pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha (Seção Cone Sul). Professora (graduação e pós-graduação) e pesquisadora em Direito Internacional na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Professora do Curso de Especialização em Direito Civil da Faculdade de Direito da USP – Ribeirão Preto.

² O tema deste trabalho foi submetido a avaliação para proferir palestra no 16º Congresso da ABDI (Academia Brasileira de Direito Internacional) que ocorreu em agosto de 2018, porém não houve a publicação nos Anais desse Congresso (este texto corresponde à primeira parte do texto da ABDI, com alterações). Igualmente corresponde, com alterações, à primeira parte do texto – porém em espanhol – entregue para submissão à comissão de avaliação para possível publicação nos anais do XXI Congresso Internacional de Historia de los Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca, ocorrido em Salamanca, em julho de 2018.

³ Neste trabalho, utilizam-se as expressões direitos humanos, direitos fundamentais da pessoa humana, direito internacional dos direitos humanos, como sinônimo, mesmo não sendo essas expressões exatamente correspondentes.

and its consequences: Karel Vasak's classification and the Norberto Bobbio's adaptation to this classification, those that make oppositions to this idea and their arguments and what expression could be used in the place of "generations". At last, it is offered a critical position on this theme.

Keywords: *Universal Declaration of Human Rights. Generation of human rights. Dimensions of human rights. Karel Vasak. Norberto Bobbio. Cançado Trindade.*

I Classificação dos direitos fundamentais da pessoa humana em gerações

Karel Vasak figura como um grande expoente da classificação dos direitos fundamentais da pessoa humana em gerações⁴. Em aula magna proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, em 1979, dividiu os direitos humanos em gerações, ao se referir ao lema da Revolução Francesa, sendo a primeira geração os direitos de liberdade (direitos civis e políticos), a segunda geração os direitos de igualdade (os econômicos, sociais e culturais) e a terceira geração – que estaria agora em desenvolvimento, na sociedade internacional – os direitos de fraternidade (direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente). A partir daí Norberto Bobbio teria seguido essa “tese” e criado a sua interpretação acerca dos direitos humanos divididos em gerações⁵.

Antes dessa aula magna, Karel Vasak já se referira a gerações de direitos humanos em obra publicada em 1977, nos seguintes termos:

A primeira geração concerne a sujeições [“negative” *rights*], no sentido de que o respeito aos correspondentes poderes formativos implica uma não interferência do estado com as liberdades individuais e não corresponde exatamente aos direitos civis e políticos. A segunda geração, por sua vez, exige condutas positivas do estado para serem implementados, como é o caso da maior parte dos direitos sociais, econômicos e culturais. A comuni-

⁴ VASAK, Karel. For the Third Generation of Human Rights: The Right of Solidarity. Inaugural Lecture. Tenth Study Session. International Institute of Human Rights. jul. 1979. In: _____. (ed.). **The international dimension of human rights**. Paris: Unesco, 1982. v. I e II.

⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32-33.

dade internacional está a caminho de uma terceira geração de direitos humanos que pode ser chamada de direitos de solidariedade. (tradução livre)⁶

Em que pese a classificação dos direitos humanos em gerações estar sacramentada na doutrina, há os que lhe opõem reservas⁷.

Um grande opositor a essa classificação é Antônio Augusto Cançado Trindade.⁸

Para Cançado Trindade, não há que se falar em gerações de direitos humanos por não haver veracidade histórica,⁹ por não haver sucessão cronológica dos direitos humanos (um não sucede ao outro, substituindo-o), ou seja, não desaparece um, ao “aparecer” outro.¹⁰ O autor critica a visão atomizada dos direitos humanos, como se o direito à não discriminação pertencesse aos direitos individuais e políticos e não aos direitos econômicos, sociais e culturais.

6 “The first generation concerns “negative” rights, in the sense that their respect requires that the state do nothing to interfere with individual liberties, and correspond roughly to the civil and political rights. The second generation, on the other hand, requires positive action by the state to be implemented, as is the case with most social, economic and cultural rights. The international community is now embarking upon a third generation of human rights which may be called “rights of solidarity”. VASAK, Karel. A 30-year Struggle: The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. **The Unesco Courier. Southern Africa at grips with racismo**, Paris, p. 29, nov. 1977. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000748/074816eo.pdf#nameddest=48063>. Acesso em: 27 jun. 2018.

7 Sobre as críticas à teoria das gerações de direitos humanos, vide, dentre outros, LIMA, George Marmelstein. “Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais”. **Jus Navegandi**, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 26 jun. 2018.

8 Na Apresentação à obra de Flávia Piovesan, “Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, Cançado Trindade tece severas críticas à classificação dos direitos humanos em gerações, referindo-se a ela, como uma fantasia: “a qual corresponde uma visão atomizada ou fragmentada destes últimos [os direitos] no tempo. A noção simplista das chamadas “gerações de direitos”, histórica e juridicamente infundada, tem prestado um desserviço ao pensamento mais lúcido a inspirar a evolução do direito internacional dos direitos humanos. Distintamente do que a infeliz invocação da imagem analógica da “sucessão generacional” pareceria supor, os direitos humanos não se “sucedem” ou “substituem” uns aos outros, mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais e sociais (tendo estes últimos inclusive precedido os primeiros no plano internacional, a exemplo das primeiras convenções internacionais do trabalho). O que testemunhamos é o fenômeno não de uma sucessão, mas antes, da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, a revelar a natureza complementar de todos os direitos humanos. Contra as tentações dos poderosos de fragmentar os direitos humanos em categorias, postergando sob pretextos diversos a realização de alguns destes (e. g., os direitos econômicos sociais) para um amanhã indefinido, se insurge o Direito dos Direitos Humanos, afirmando a unidade fundamental da concepção, a indivisibilidade e a justiciabilidade de todos os direitos humanos”. (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. XXXI.)

9 No direito internacional, os direitos econômicos e os sociais aparecem antes, já que as primeiras convenções da OIT são anteriores à ONU (surgiram nas décadas de 20 e 30), ou seja, a “primeira geração” seria o direito ao trabalho, o direito às condições de trabalho e a segunda geração corresponderia aos direitos individuais, com a Declaração Americana e a Universal de 1948 (SEMINÁRIO DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES, 2000).

10 Na minha concepção, quando surge um novo direito, os direitos anteriores não desaparecem. Há um processo de cumulação e de expansão do corpus iuris dos direitos humanos. Os direitos se ampliam, e os novos direitos enriquecem os anteriores”. (SEMINÁRIO DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES, 2000).

Além disso, todos os direitos humanos estão nitidamente interconectados; não há hierarquia entre eles,¹¹ não há um que venha antes e outros que podem ser deixados para depois; não há como se priorizar uns em detrimento de outros. Isso porque a dignidade do ser humano forma um todo uno, coeso e indivisível e o ser humano só se realiza em plenitude com a fruição dos direitos humanos concebidos de um modo indivisível.¹² O autor afirma: “Creio que o futuro, na proteção internacional dos direitos humanos passa pela indivisibilidade e pela inter-relação de todos os direitos, como tenho dito em meus livros.” (SEMINÁRIO DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES, 2000).¹³

Por outro lado, é um fato a evolução evidenciada pela sociedade internacional ao longo dos séculos e refletida no próprio direito internacional.¹⁴ Essa evolução está intrinsecamente relacionada a uma mudança da concepção do próprio Estado; das monarquias absolutistas passa-se a uma concepção de uma soberania mitigada. Do Estado do *laissez faire, laissez passer*, passa-se ao Estado do bem-estar social. Por uma conclusão lógica, essa evolução repercutiu na concepção dos direitos fundamentais da pessoa humana, no acréscimo de novos direitos humanos que se unem aos que já existiam antes e obviamente, sem suplantá-los. Os direitos fundamentais da pessoa humana são uma conquista e construção histórica.¹⁵

11 George Marmelstein Lima – supracitado – entre outros autores, fala em “dimensão” dos direitos humanos. O autor afirma que: “O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão). Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais”. (LIMA, 2003)

12 Sobre a indivisibilidade dos direitos humanos, vide AGBAKWA, Shedrack Chukwuexoka. **Retrying the rejected stone: rethinking the marginalization of the economic, social and cultural rights under the african charter on human and people’s rights**. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) – Dalhousie University Halifax, Nova Scotia, Canada: National Library of Canada, August, 2000, p. 38 *et seq.* e 129 *et seq.* Disponível em: <http://www.collectionscanada.gc.ca/obj/s4/f2/dsk2/ftp01/MQ57181.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2018.

13 Para maior elucidação da doutrina de Cançado Trindade a respeito dos direitos humanos, veja-se, dentre vários outros: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I (2. ed. 2003), v. II (1. ed., 1999) e v. III (1. ed. 2003). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999-2003. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion of the Inter-American of Human Rights on International Case-Law and Practice**, **4 Chinese Journal of International Law**, n. 16, 2007, p. 1-16. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Desarraigamento e a proteção dos migrantes na legislação internacional dos direitos humanos**. Tradução de Gabriel Gualano de Godoy. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2008. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/15734/10440>. Acesso em: 25 fev. 2016, entre outras obras.

14 Sidney Guerra, quanto a essa evolução histórica, recorda que no Direito Internacional Clássico o indivíduo não era nem sequer considerado sujeito de direito internacional. GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1.

15 Segundo Norberto Bobbio, “os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem” (BOBBIO, 1992, p. 32). Flávia Piovesan explica esse entendimento de BOBBIO com a seguinte afirmação: “os direitos humanos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas”. PIOVESAN, Flávia. **Internacionalização dos direitos humanos e humanização do direito internacional: desafios contemporâneos**. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional** – Órgão Oficial da Sociedade Brasileira de Direito Internacional – SBDI, ano CIII, n. 125-130, v. 103, p. 350, jul./dez. 2017. Veja-se ainda dessa mesma autora: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Essas conquistas históricas também não se evidenciam ao mesmo tempo em toda a orbe terrestre. Enquanto em algumas regiões do globo podemos ter índices elevados de qualidade de vida, sistema de saúde, educacional, PIB, renda *per capita* etc., nem sempre isso é acompanhado por um desenvolvimento de direitos políticos, ou seja, há Estados que podem ser considerados “desenvolvidos” economicamente, mas politicamente, são dominados por regimes totalitários nos quais, v. g., o direito ao voto não é estendido às mulheres. Isso põe em xeque a teoria das “gerações” de direitos humanos, pois como poderia ter surgido a segunda geração (econômicos, sociais...) sem ter havido a geração anterior?

2 Considerações finais

Não obstante haja críticas fundamentadas à classificação dos direitos humanos em gerações, muitas dessas críticas não têm fundamento. Não acreditamos, por exemplo, que os autores que falam em gerações tivessem em momento algum a ideia de que novos direitos humanos surgem substituindo os anteriores. É uma questão de pura lógica. Se o direito concede hoje ao indivíduo o direito de exigir do Estado que lhe dê educação de qualidade, moradia digna etc., de modo algum isso significa que esse mesmo indivíduo não goza mais do direito à vida, à liberdade etc.

Preferimos a expressão dimensões dos direitos humanos. Entendemos que a análise dos direitos humanos em “dimensões” atenderia inclusive à necessidade didática de estudo destes, mas acreditamos que é perfeitamente possível conviver com o termo “gerações” de direitos humanos, desde que isso seja interpretado de forma a entender o núcleo coeso e indivisível da dignidade da pessoa humana, da não hierarquização dos direitos humanos etc. O que acreditamos que todos os que se valem do termo “gerações” igualmente acreditam e defendem.

Referências

AGBAKWA, Shedrack Chukwuexoeke. **Retrying the rejected stone**: rethinking the marginalization of the economic, social and cultural rights under the african charter on human and people’s rights. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) – Dalhousie University Halifax, Nova Scotia, Canada: National Library of Canada, August, 2000. Disponível em: <http://www.collectionscanada.gc.ca/obj/s4/f2/dsk2/ftp01/MQ57181.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1999-2003. 3 v.

_____. **A humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16, 1999, of the Inter-American of Human Rights on International Case-Law and Practice, **4 Chinese Journal of International Law**, p. 1-16, 2007.

_____. Desarraigamento e a proteção dos migrantes na legislação internacional dos direitos humanos. Tradução de Gabriel Gualano de Godoy. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2008. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/15734/10440>. Acesso em: 25 fev. 2016.

GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Jus Navegandi**, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 26 jun. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Internacionalização dos direitos humanos e humanização do direito internacional: desafios contemporâneos. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, ano CIII, n. 125-130, v. 103, p. 349-384, jul./dez. 2017.

SEMINÁRIO DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: a proteção internacional. In: CONFERÊNCIA Nacional de Direitos Humanos, 25 maio 2000, Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2000. **Anais eletrônicos [...]** Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm. Acesso em: 26 jun. 2018.

VASAK, Karel. A 30-year Struggle: The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. **The Unesco Courier. Southern Africa at grips with racism**. Paris, nov. 1977. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000748/074816eo.pdf#nameddest=48063>. Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. For the Third Generation of Human Rights: The Right of Solidarity. Inaugural Lecture. Tenth Study Session. International Institute of Human Rights. jul. 1979. In: _____. (ed.). **The international dimension of human rights**. Paris: Unesco, 1982. v. I e II.

2 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS E OS CORRESPONDENTES PROCEDIMENTOS: DO INTERNACIONAL AO NACIONAL¹

¹ Este texto também será publicado em obra comemorativa dos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Imprensa Oficial do Estado de São Paulo.

Luiz Guilherme Arcaro Conci²
Konstantin Gerber³

“alcançar cooperação internacional para solucionar problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural, ou humanitário, e para promover e encorajar o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos sem distinção de raça, sexo, língua, ou religião”

Art. 1.3, Carta das Nações Unidas

Que outras linguagens de dignidade humana existem no mundo?

Boaventura de Sousa Santos (2013, p. 42-43)

Resumo: A Declaração Universal dos Direitos Humanos pode ser compreendida como interpretação autorizada da Carta das Nações Unidas, que por meio de seu Conselho de Direitos Humanos atualmente monitora as graves violações de direitos humanos, como fonte do direito internacional, tendo em vista se tratar ao mesmo tempo de costume internacional, princípio geral de direito e, ainda, conforme alguns de seus dispositivos, de normas *ius cogens*. O Supremo Tribunal Federal invoca a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o que pode consubstanciar um costume constitucional, remanescendo a possibilidade do exercício do controle de convencionalidade quando os dispositivos também versarem sobre normas *ius cogens*, como no caso de proibição da tortura.

Palavras-chave: Declaração Universal dos Direitos Humanos. Costume Internacional. Interpretação Constitucional.

Abstract: *The Universal Declaration of Human Rights can be understood as an authorized interpretation of the Charter of the United Nations, which through its Human Rights Council currently monitors serious violations of human rights as a source of international*

² Professor de Direito Constitucional e Teoria do Estado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), onde coordena o Curso de Especialização em Direito Constitucional. Professor Permanente do Programa de Estudos Pós-Graduados em Relações Internacionais – Governança Global e Políticas Públicas Internacionais da PUC-SP. Professor titular de Teoria do Estado da Faculdade de São Bernardo do Campo – Autarquia Municipal. Doutor e mestre em Direito Constitucional (PUC-SP), com estudos de nível pós-doutorais no Instituto de Direito Parlamentar da Universidade Complutense de Madrid (2013-2014). Professor colaborador do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS). Lidera o Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais (PUC-SP/CNPq). E-mail: lgalconci@hotmail.com.

³ Advogado consultor em São Paulo, mestre e doutor em Filosofia do Direito, PUC-SP, onde integra o Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais PUC-SP/CNPq). Professor convidado do Curso de Especialização em Direito Constitucional da PUC-SP. E-mail: k.gerber@uol.com.br.

law, since it is treated at the same time as international custom, general principle of law, and also, according to some of its provisions, ius cogens norms. The Supreme Federal Court invokes the Universal Declaration of Human Rights, which may constitute a constitutional custom, with the possibility of exercising control of conventionality when the provisions also deal with norms of ius cogens, as in the case of prohibition of torture.

Keywords: *Universal Declaration of Human Rights. International Costume. Constitutional Interpretation.*

I Declaração Universal de Direitos Humanos: origens no final da 2ª Guerra Mundial

Em 1º de janeiro de 1942, foi assinada a Declaração das Nações Unidas pelos representantes de 26 países em guerra contra Alemanha, Itália e Japão. A partir da Conferência de Dumbarton Oaks (agosto a outubro de 1944), surge o documento base da Carta de São Francisco, ausente o tema dos direitos humanos (ALMEIDA, 2018, p. 75).

A Organização das Nações Unidas (ONU) foi criada por meio da Carta de São Francisco para fomentar paz e segurança mundiais, passando a existir em 24 de outubro de 1945. A Carta da ONU (adotada no Brasil pelo Decreto nº 19.841/1945) não estabeleceu um catálogo de direitos humanos, cabendo à Assembleia Geral iniciar estudos e formular recomendações, nos termos de seu art. 13, b. Coube ao Conselho Econômico Social da ONU (Ecosoc) definir comissões para a promoção dos direitos humanos (art. 62.2). Por meio da Resolução do Ecosoc, de 21 de junho de 1946, foi instituída a Comissão de Direitos Humanos (CDH), que tinha por objetivo avaliar a conveniência de uma “Carta Internacional de Direitos” (BELLI, 2009, p. 34-36).

Referida comissão fora presidida inicialmente por Eleanor Roosevelt,⁴ oportunidade em que foi elaborado o projeto de Declaração Universal dos Direitos Humanos (BELLI, 2009, p. 41). Como disserta Benoni Belli (2009):

Além de Eleanor Roosevelt, tiveram papel central na elaboração do texto o advogado canadense John P. Humphrey, então diretor da Divisão de Direitos Humanos do Secretariado da ONU, o delegado chinês e filósofo Peng-chun Chang, o jurista francês René Cassin (que teria sido responsável pela estrutura lógica da Declaração), o delegado libanês e filósofo existencialis-

⁴ Em 6 de janeiro de 1941, Franklin Roosevelt pronunciou discurso ao Congresso estadunidense sobre a importância das liberdades de expressão, de religião, de viver ao abrigo da necessidade e de viver sem medo para a comunidade internacional (ALMEIDA, 2018, p. 74).

ta Charles Malik (posteriormente Malik exerceu a função de presidente da Assembleia Geral e sucedeu Eleanor Roosevelt à frente da CDH), o delegado filipino Carlos Romulo, a indiana Hensa Mehta e o chileno Hernán Santa Cruz. Os delegados soviéticos que participaram dos trabalhos, por sua vez, tiveram papel em geral reativos [...]. (BELLI, 2009, p. 43)

Não havia consenso para um tratado de direitos humanos vinculante, o que resultou em uma composição entre os juristas redatores (BELLI, 2009, p. 43). A primeira versão foi escrita por John Humphrey (DOUZINAS, 2009, p. 134, p. 135). A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi adotada por meio de Resolução pela Assembleia Geral com 48 votos a favor, nenhum contra e 8 abstenções, sendo adotada em 10 de dezembro de 1948.

2 A versatilidade da DUDH a partir de seu *status* normativo

Como se verá, as funções desempenhadas pela DUDH podem ser variadas, de acordo com o ator que faz uso de seus conteúdos.

Nesse sentido, a DUDH pode ser concebida como (a) uma interpretação autorizada dos direitos humanos contidos nos arts. 1.3 e 55 da Carta da ONU⁵ (PIOVESAN, 2006, p. 137 e p. 140).

No dizer de Olivier De Schutter (2012, p. 39):

The 1948 Universal Declaration of Human Rights (UDHR) may be seen [...] as simply clarifying the meaning of the provisions of the UN Charter which refer to human rights as a purpose to be achieved by the organization, and by its Member States. (SCHUTTER, 2012, p. 39)

Com arrimo em Ana Maria Guerra Martins, Sidney Guerra sumariza os diferentes entendimentos possíveis acerca desta Declaração: a) valor jurídico de resolução; b) expressão de direito costumeiro preexistente; e c) caráter consuetudinário posterior dos princípios e direitos nela contidos.

⁵ Existe divergência doutrinária quanto à possibilidade de a Declaração ser tida por direito costumeiro e interpretação autorizada da Carta das Nações Unidas (HANNUM, 2012, p. 64). A Corte Internacional de Justiça, na Opinião Consultiva de 1971 sobre as consequências legais da permanência da África do Sul na Namíbia, afirmou que estabelecer distinções com base em raça, cor, descendência, origem nacional ou étnica era flagrante violação dos princípios da Carta da ONU (SCHUTTER, 2012, p. 40). Do reconhecimento da proibição da discriminação na Corte Internacional de Justiça se infere haver uma obrigação dos países de respeitar os direitos humanos previstos na Carta da ONU (e definidos posteriormente pela DUDH). A vedação à discriminação está no art. 55 da Carta da ONU.

Outra questão relevante é o fato de a DUDH veicular, além do direito costumeiro, normas *ius cogens*,⁶ como é o caso da proibição da tortura para o direito internacional.

A Corte Internacional de Justiça apenas concebeu a DUDH como princípio. Em julgado de 1980, envolvendo privação de liberdade de pessoal diplomático e consular dos EUA em Teerã, consideraram violados os princípios da Carta das Nações Unidas e da DUDH (GUERRA, 2014, p. 109-110). Nesse caso, houve violação do art. 9 da DUDH.⁷ A Corte Internacional de Justiça aludiu à violação de princípios da Carta da ONU e da DUDH, sendo esta considerada, portanto, um princípio geral do direito (SCHUTTER, 2012, p. 43).

Além de ser considerada princípio geral do direito internacional, a DUDH pode ser considerada também um costume internacional pela prática dos Estados somada à consciência de sua obrigatoriedade. Referida prática pode ser verificada nas Resoluções da Assembleia Geral da ONU, nas declarações oficiais e na incorporação no direito interno (SCHUTTER, 2012, p. 41, 42).

De se ressaltar também que muitos dos princípios e direitos foram positivados em tratados internacionais posteriormente (FERRAZ, 2014, p. 60). A importância da DUDH foi servir de base para a negociação de tratados vinculantes e, também, permitir mecanismos extraconvencionais de monitoramento (BELLI, 2009, p. 48).

3 O mecanismo extraconvencional de monitoramento e a DUDH

A partir da instituição de procedimentos em casos de violações aos direitos humanos previstos na Carta da ONU e especificados na Declaração Universal de Direitos Humanos, surge a possibilidade de uso do mecanismo extraconvencional de monitoramento. Isso porque, a partir de 1967, a Comissão de Direitos Humanos da ONU passou a apreciar casos de violações de direitos humanos por meio do Procedimento 1235 de Debate

⁶ A noção de norma imperativa de direito internacional geral está prevista no art. 53 da Convenção de Viena (Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009). Para que uma norma internacional seja considerada *ius cogens*, imperativa, deve assim ser reconhecida pela comunidade internacional (um conjunto qualificado de Estados), o que implica sua aceitação sem acordo em contrário e que esta norma só pode ser modificada por norma da mesma natureza. Remanesce a discussão se as normas *ius cogens* são costumeiras, ou se são também passíveis de serem encontradas em tratados. O costume internacional requer a prática generalizada e a *opinio juris*, sendo as normas *ius cogens* aquelas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional como “norma da qual não se admite derrogação” (NASSER, 2005, p. 167). O art. 66 alínea a) da Convenção de Viena estipula que se houver diferendo com relação à interpretação do *ius cogens*, qualquer Estado pode submeter a decisão à Corte Internacional de Justiça. É o que afirma o Tribunal Penal Internacional para a ex-Yugoslávia (caso Furundzija, 10 de dezembro de 1998), p. ex., afirmou que a proibição da tortura havia alcançado a categoria de *ius cogens* (CAVALLO, 2006). Da mesma forma, a Corte Internacional de Justiça também reconheceu à proibição da tortura o caráter de norma *ius cogens* no caso “Questões relativas à obrigação de processar ou extraditar (Bélgica c. Senegal)”, 20 de julho de 2012 (MAIA, 2014, p. 58).

⁷ “Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado.”

Público Anual, criado em 6 de junho de 1967, e do Procedimento 1503⁸, criado em 27 de maio de 1970, de caráter confidencial (PIOVESAN, 2016, p. 212-215).

Entre os problemas da atuação da Comissão de Direitos Humanos estava a seletividade e o que se passou a chamar de “politização”, que pode ser compreendida pelas ações dos Estados movidos por interesses indiretamente relacionados aos temas de direitos humanos (LEMPINEN, 2005, p. 375). O exercício do poder diplomático dirigido a certos países, sobretudo por meio da adoção de resoluções específicas por países, passou a ser questionado, gerando um ambiente confrontacional, e não cooperativo, como prevê a Carta da ONU.

De modo a se assegurar a universalidade dos direitos humanos com eliminação da “politização”, editou-se a Resolução 60/251 para a substituição da Comissão com a instituição do Conselho de Direitos Humanos. Reafirmou-se, nessa resolução, a responsabilidade dos Estados de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais sem qualquer distinção em conformidade com a Carta da ONU, cabendo ao Conselho tratar de situações em que houvesse violações de direitos humanos, incluídas as graves e sistêmicas, a fim de realizar recomendações a respeito.

O Conselho de Direitos Humanos compõe-se pelo mecanismo de revisão periódica universal (em que os Estados submetem relatórios anuais), pelo Comitê Consultivo e pelo procedimento de reclamação (petições) (CARDIA, 2013, p. 278-279).

A revisão periódica universal, no magistério de Ana Cláudia Ruy Cardia (2013):

[...] consiste na preparação, pelo Estado examinado, de um relatório geral sobre os Direitos Humanos no plano interno. Em seguida, conta-se também com a participação de organizações não governamentais de proteção aos Direitos Humanos, bem como da sociedade civil, que apresenta relatórios complementares com suas considerações. Todos os documentos mencionados são resumidos pela equipe do Alto Comissariado da ONU para os direitos humanos, e o Estado examinado passa a ser questionado sobre a promoção dos Direitos Humanos em seu território no momento das reuniões dos Grupos de Trabalho do Conselho de Direitos Humanos. (CARDIA, 2013, p. 281)

Elabora-se então um relatório final, determinando-se compromissos que devem ser assumidos voluntariamente pelo Estado.⁹ Não há sanção pelo descumprimento. Após quatro anos e meio da realização da revisão periódica universal, é feita nova revisão,

⁸ A Resolução 1503 do Ecosoc, de 27 de maio 1970, foi revisada pela Resolução 2000/3, de 19 de junho de 2000.

⁹ O Brasil foi avaliado pela terceira vez em 2017.

oportunidade em que se verifica se as recomendações anteriores foram atendidas (CARDIA, 2013, p. 281-282).

De se atentar que a DUDH é documento base para o mecanismo de revisão periódica universal, conforme a Resolução 5/1 do Conselho de Direitos Humanos, de 18 de junho de 2007.

Por todas e todos, deve ficar clara a diferença existente entre o sistema de proteção advindo da Carta da ONU (Assembleia Geral, Conselho de Direitos Humanos, Conselho de Segurança, Secretaria-Geral e Alto Comissariado) e o sistema de proteção advindo de tratados que contam com os respectivos comitês (têm o apoio da Secretaria-Geral), e exercem o chamado mecanismo convencional, por meio do qual recebem petições de indivíduos ou grupos de indivíduos quando da violação das normas previstas nos tratados internacionais respectivos (quando ratificados os protocolos facultativos).

O Conselho de Direitos Humanos protege os direitos humanos por meio do mecanismo extraconvencional¹⁰ de monitoramento. Tal Conselho, órgão vinculado à Assembleia Geral da ONU e também ao Conselho Econômico Social, realiza procedimentos especiais para investigar violações de direitos humanos (com peritos especiais) e relatorias especializadas, recebendo denúncias (de indivíduos ou grupo de indivíduos) a fim de comprovar casos de graves violações que sejam padrão no país.

A Resolução 60/251, de 3 de abril de 2006, da Assembleia Geral da ONU, que criou o Conselho de Direitos Humanos, enfatiza a responsabilidade dos Estados em respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais para todos sem distinção de qualquer tipo em conformidade com a Carta da ONU.

Nos termos do Item 85 da Resolução 5/1, de 18 de junho de 2007, é cabível o procedimento de reclamação (confidencial) para padrões persistentes de graves e comprovadas violações de direitos humanos:

A complaint procedure is being established to address consistente patterns of gross and reliably attested violations of all human rights and all fundamental freedoms occurring in any part of the world and under any circumstances.

Ressalte-se que uma comunicação ao Conselho de Direitos Humanos não pode ser manifestamente motivada por fins políticos e seu objeto deve ser consistente com a Carta da ONU, com a DUDH e com demais tratados internacionais de direitos humanos (Item 87, a) da Resolução 5/1 de 18 de junho de 2007).

¹⁰ O desafio para o Conselho de Direitos Humanos é também receber petições por conta de violações à Declaração Universal das Nações Unidas sobre Povos Indígenas.

Refiram-se trechos da Resolução 21/1, do Conselho de Direitos Humanos que era confidencial e se tornou pública para o caso da Eritreia:

Habiendo estudiado la documentación relativa a la situación de los derechos humanos en Eritrea, presentada en el marco del procedimiento de denuncia establecido en virtud del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, de 18 de junio de 2007, en la que se denuncian violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos humanos en Eritrea, en particular en relación con casos de detención y prisión arbitrarias, torturas, ejecuciones sumarias, violencia contra la mujer, trabajo forzoso, reclutamiento forzoso y restricciones a la libertad de circulación y a los derechos a la libertad de expresión, de reunión pacífica y de pensamiento, conciencia y religión

[...]

3. Invita al Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en Eritrea a seguir investigando las alegaciones recogidas en las denuncias presentadas y las circunstancias particulares de las personas mencionadas en las comunicaciones presentadas cuyos nombres podrán ser revelados de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 supra, y a informar al respecto al Consejo de Derechos Humanos en su 23º período de sesiones y con arreglo a su programa de trabajo;

4. Insta al Gobierno de Eritrea a cooperar plenamente con el Relator Especial, en particular a permitirle que visite todas las zonas del país y a facilitarle la información necesaria para el cumplimiento de su mandato, según se refleja en la resolución 20/20 del Consejo de Derechos Humanos [...]

4 A Declaração Universal dos Direitos Humanos no Supremo Tribunal Federal

Sobre o fato da DUDH possuir ou não força vinculante, Flávia Piovesan (2006, p. 138) destaca os pontos da corrente doutrinária favorável ao entendimento da força obrigatória: incorporação de previsões da DUDH nas Constituições; reiteradas referências das Resoluções da ONU; e decisões de Cortes nacionais que assumem a DUDH como fonte de direito.

A DUDH integra o direito costumeiro internacional¹¹ e também os princípios gerais de direito, portanto. E há ainda aquelas normas imperativas e impassíveis de derrogação como a proibição da escravidão, do genocídio, da tortura e de qualquer tratamento cruel, entre outras (PIOVESAN, 2006, p. 138).

A DUDH contém normas de direito costumeiro, princípios gerais de direito internacional e também normas de caráter *ius cogens*. Considerando que a Corte Interamericana também utiliza o conceito de normas *ius cogens*¹² (GERBER; CARDOSO, 2016, p. 111), defende-se que estas também passam a integrar o bloco de convencionalidade¹³ (CONCI; GERBER; PEREIRA, 2018, p. 98) e, nesse sentido, tornam-se obrigatórias.

O Supremo Tribunal Federal (“STF”) já embasou seus julgados na DUDH: Adin 3.741, conforme relator ministro Ricardo Lewandowski; HC 82.424-RS, conforme relator para o Acórdão, ministro Maurício Correa; e RE 86.297, conforme relator Thompson Flores¹⁴ (RAMOS, 2011, 2012, p. 507).

Em análise da Adin 3.741, teve-se a referência ao art. 19 da DUDH¹⁵ feita pelo ministro Ricardo Lewandowski para fundamentar a declaração de inconstitucionalidade de proibição de veiculação de pesquisas eleitorais a partir do décimo quinto dia anterior até as dezoito horas do dia do pleito (BRASIL, 2006, p. 202, p. 206).

No HC 82.424, foram referidos os arts. 1º e 2º da DUDH¹⁶ pelo ministro Maurício Corréa, no julgamento que enfrentou a negação do holocausto (*shoah*) (BRASIL, 2003, p. 573):

[...] é o que se vê do disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em seu artigo 1º assegura a liberdade e igualdade entre os homens, invocando a prevalência do espírito de fraternidade como pres-

11 O costume internacional pode servir de apoio à interpretação jurídica constitucional. Costume jurídico consiste em “consciência de vinculação” para fins de interpretação do art. 4º da Lei nº 12.376, de 2010. (RAMOS; GRAMSTRUP, 2016, p. 51).

12 Conforme o parágrafo 117 do caso *Fernín Ramírez vs. Guatemala*, recolhe-se a seguinte passagem (CIDH, 2005, p. 60): “La jurisprudencia de este Tribunal, así como de otros tribunales y autoridades internacionales, ha subrayado que existe una prohibición universal de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que violan normas perentorias de derecho internacional (*ius cogens*)”. Isso significa que a Corte Interamericana interpreta o direito internacional de maneira muito mais generosa que a Corte Internacional de Justiça, tendo afirmado por várias oportunidades que desaparecimento forçado e tortura violam normas *ius cogens*.

13 O controle de convencionalidade fundamenta-se nos arts. 1.1, 2, 63 da CADH, na medida em que obriga os Estados a adaptarem o seu direito interno (CONCI; GERBER; PEREIRA, 2018, p. 106).

14 Este acórdão não foi analisado, pois é anterior a 5 de outubro de 1998.

15 “Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.”.

16 “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. [...] Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania”.

suposto da razão e consciência humanas. A seguir, repele qualquer forma de discriminação, a destacar a capacidade de todos gozar dos mesmos direitos e liberdades.

A passagem veio referida em meio ao trecho do voto em que o ministro percorre os tratados internacionais para o tratamento igualitário e a correspondente vedação a qualquer tipo de discriminação.

O art. 2º da DUDH também foi referido no voto do ministro Alexandre de Moraes (BRASIL, 2017, p. 5-6) que acompanhou o voto do relator ministro Marco Aurélio na interpretação de que o art. 203, V da Constituição Federal beneficia estrangeiros residentes no país (RE 587.970-SP). Também referiu o art. 22 da DUDH¹⁷ combinando a interpretação com os arts. 1º e 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Claramente há um erro patente de terminologia no fato de o artigo 1º da Lei nº 8.742 referir, em seu *caput*: assistência social como direito do cidadão. Não quis utilizar o legislador o termo cidadão como sinônimo de brasileiro nato ou naturalizado no gozo dos direitos políticos, porque, se assim fosse, os menores de 16 anos, que têm direito a esses benefícios, não poderiam receber, porque não são cidadãos, eles não estão no gozo dos direitos políticos. Os incapazes – como também foi citado da tribuna – não poderiam receber. Aqui, na verdade, há a afirmação de um direito da pessoa, não direito do cidadão, até porque essa Lei não se refere à questão de direitos políticos. Não é somente nessa Lei, mas existem fartos exemplos de legislação em que as terminologias são utilizadas, infelizmente, de forma não técnica. Mesmo que assim fosse, interpretada essa terminologia como restritiva do alcance do benefício, a mesma não passaria pelo crivo constitucional do artigo 5º, *caput*, que não admite a restrição, como bem colocou o nosso Ministro-Relator, quando diz: as restrições constitucionais são expressas, como no caso da extradição e da contratação para o serviço público. E devemos lembrar que o Brasil é signatário de tratados internacionais, pelos quais se repudia qualquer discriminação fundada na origem nacional e se exige a adoção de medidas que progressivamente assegurem a efetividade de direitos econômicos e sociais. Por exemplo, cite-se a

¹⁷ “Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.”

Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos [...].

Os arts. 5, 6 e 8 da DUDH¹⁸ foram invocados no voto do ministro relator Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2015, p. 30-31) em que se decidiu ser “lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais” em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal (592.581-RS).

O art. 5 da DUDH também foi invocado no voto do ministro Cezar Peluso (BRASIL, 2008, p. 5), em que acompanhou o relator ministro Marco Aurélio, para corroborar o entendimento de que implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do júri (HC 91.952-9, SP).

O art. 20 da DUDH¹⁹ foi referido no voto do ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, p. 374) para declarar a inconstitucionalidade do Decreto Distrital nº 20.098, de 15 de março de 1999, que dispunha sobre vedação de manifestações públicas com utilização de carros de som na Praça dos Três Poderes (ADI 1.969-4, DF):

Como documento pioneiro no plano internacional tem-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, subscrita sob a égide da Organização das Nações Unidas, que estabelece, em seu art. 20, o seguinte: ‘Toda a pessoa tem direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas’.

Em seguida, referiu o ministro o art. 21 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos para especificação do direito de reunião pacífica.

O art. 25 da DUDH²⁰ foi mencionado no voto da relatora ministra Carmen Lúcia (BRASIL, 2009, p. 86) em auxílio à interpretação sobre a “necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes”, proibindo-se a importação de pneus usados (ADPF 101-DF).

18 “Ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes [...] Todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento, em todos os lugares, da sua personalidade jurídica [...] Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.”

19 “Toda a pessoa tem direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.”

20 “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social.”

O art. 25.2 da DUDH foi destacado no voto do ministro relator Roberto Barroso (BRASIL, 2016, p. 5) para a interpretação de que “a licença maternidade prevista no art. 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias” (RE 778.889-PE).

O art. 25 da DUDH também serviu de argumentação para a noção de proibição do retrocesso social, conforme relatado pelo ministro Celso de Mello (BRASIL, 2011, p. 128):

A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).

[...]

O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado.

5 Conclusão

Como visto, no plano internacional, a DUDH assume, a depender de seus dispositivos, o caráter de direito costumeiro, de princípio geral do direito internacional e também o caráter de normas *ius cogens*.

Do mesmo modo, no plano doméstico, tal qual exposto, o Supremo Tribunal Federal se vale da DUDH em sua interpretação, corroborando o entendimento de que se trata de um costume internacional.

Ao se utilizar da DUDH, o STF usa regularmente o art. 5 dessa Declaração que trata acerca de vedações de tortura e de tratamento degradante, tanto para a proibição de uso de algemas quanto para a proibição de tratamento degradante de custodiados e custodiadas nos presídios brasileiros. Resta saber se o Supremo Tribunal Federal entenderá também haver incidência do art. 5 da DUDH nos casos da ADPF 320 e dos embargos da ADPF 153 que contestam a validade da Lei de Anistia brasileira, diante da decisão do caso Gomes Lund, em face da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade que consubstancia costume internacional, o que abrirá o debate a respeito das normas *ius cogens* no exercício nacional do controle de convencionalidade, inclusive, em face do art. 5 da DUDH, visto que a proibição da tortura já foi reconhecida como *ius cogens* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esse tema desenvolveremos em outro trabalho.

Referências

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **A proteção da pessoa humana no direito internacional**. Conflitos armados, refugiados e discriminação racial. São Paulo: CLA, 2018.

BELLI, Benoni. **A politização dos direitos humanos**. O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas e as resoluções sobre países. São Paulo: Perspectiva, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.434.498/SP**. Recurso Especial. Civil e Processual civil. Ação declaratória de existência de relação jurídica de responsabilidade civil, nascida da prática de ato ilícito, gerador de danos morais, no período da ditadura militar brasileira. Ajuizamento contra o oficial comandante acusado das torturas sofridas pelos demandantes. Pretensão meramente declaratória. Legitimidade e interesse. Prescrição. Inocorrência. Recorrente: Carlos Alberto Brilhante Ustra. Recorridos: César Augusto Teles; Janaína de Almeida Teles; Edson Luis de Almeida Teles; Maria Amélia de Almeida Teles; Criméia Alice Schmidt de Almeida. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Relator para Acórdão: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 9 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1341268&tipo=0&nreg=201304162180&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150205&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 27 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 82.424-2/RS**. Habeas-Corpus. Publicação de livros: Anti-Semitismo. Racismo. Crime Imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalício; João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 27 set. 2018.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.741-2/ DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 11.300/2006 (Mini-reforma Eleitoral). Alegada ofensa ao princípio da anterioridade da lei eleitoral (cf, art.16). Inocorrência. Mero aperfeiçoamento dos procedimentos eleitorais. Inexistência de alteração do processo eleitoral. Proibição de divulgação de pesquisas eleitorais quinze dias antes do pleito. Inconstitucionalidade. Garantia da liberdade de expressão e do direito à informação livre e plural no Estado Democrático de Direito. Procedência parcial da ação direta. Requerentes: Partido Social Cristão – PSC; Partido Democrático trabalhista – PDT; Partido Trabalhista Cristão – PTC. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 6 de agosto de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408096>. Acesso em: 27 set. 2018.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.969-4/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Decreto 20.098/99, do Distrito Federal. Liberdade de reunião e de manifestação pública. Limitações. Ofensa ao Art. 5º, XVI, da Constituição Federal. Requerentes: Partido dos Trabalhadores – PT; Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – Contag; Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE; Central Única dos Trabalhadores

– CUT. Requerido: Governador do Distrito Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 28 de junho de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484308>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. **Habeas Corpus 91.952-9/SP**. Algemas – Utilização. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga. Julgamento – Acusado Algemado – Tribunal do Júri. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório. Paciente: Antônio Sérgio da Silva. Impetrante: Katia Zacharias Sebastião e outros(as). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de agosto de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101/DF**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Adequação. Observância do Princípio da Subsidiariedade. Arts. 170, 196 E 225 da Constituição da República. Constitucionalidade de atos normativos proibitivos da importação de pneus usados. Reciclagem de pneus usados: ausência de eliminação total de seus efeitos nocivos à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Afronta aos Princípios Constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Coisa Julgada com Conteúdo Executado ou Exaurido: Impossibilidade de Alteração. Decisões judiciais com conteúdo indeterminado no tempo: proibição de novos efeitos a partir do julgamento. Arguição julgada parcialmente procedente. Requerente: Presidente da República. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 24 de junho de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. **Recurso Extraordinário 592.581/RS**. Repercussão Geral. Recurso do MPE contra Acórdão do TJRS. Reforma de Sentença que determinava a execução de obras na casa do albergado de Uruguaiana. Alegada ofensa ao princípio da separação dos poderes e desbordamento dos limites da reserva do possível. Inocorrência. Decisão que considerou direitos constitucionais de presos meras normas programáticas. Inadmissibilidade. Preceitos que têm eficácia plena e aplicabilidade imediata. Intervenção judicial que se mostra necessária e adequada para preservar o valor fundamental da pessoa humana. Observância, ademais, do postulado da inafastabilidade da jurisdição. Recurso conhecido e provido para manter a sentença cassada pelo tribunal. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. **Recurso Extraordinário 778.889/PE**. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Equiparação do Prazo da Licença Adotante ao Prazo de Licença-Gestante. Recorrente: Mônica Correia de Araújo. Recorrido: União. Relator: Min. Roberto Barroso, 10 de março de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338347>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. **Recurso Extraordinário 587.970/SP**. Assistência Social – Estrangeiros Residentes No País – Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal – Alcance. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Felícia Mazzitello Albanese. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de abril de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13649377>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337/SP**. Criança de até cinco anos de idade – Atendimento em creche e em pré-escola – Sentença que obriga o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida – Legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o poder público – Doutrina – Jurisprudência – Obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças – Educação infantil – Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (cf. art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006) – Compreensão global do direito constitucional à educação – Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (cf. art. 211, § 2º) – Legitimidade constitucional da intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na Constituição – Inocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes – Proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas” – Reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social – Pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito de superveniência de nova realidade fática – Questão que sequer foi suscitada nas razões de recurso extraordinário – Princípio “jura novit curia” – Invocação em sede de apelo extremo – Impossibilidade – Recurso de agravo improvido. Políticas públicas, Omissão estatal injustificável e intervenção concretizadora do Poder Judiciário em tema de Educação Infantil: Possibilidade Constitucional. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 27 set. 2018.

BULOS, Uadi Lamego. Costume constitucional. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n. 131, 1996.

CARDIA, Ana Cláudia Ruy. A situação do Brasil no grupo de trabalho da revisão periódica universal do Conselho de Direitos Humanos da ONU. In: FINKELSTEIN, Cláudio; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. (coord.). CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio (org.). **Direito internacional em análise**. Curitiba: Ed. Clássica, 2013. v. 2.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público. **Revista Ius et Praxis**, Talca, v. 12, n. 1, 2006. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100006-&lng=pt&nrm=iso&tlng-es. Acesso em: 27 set. 2018.

CIDH. **Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala**. Sentencia de 20 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf. Acesso em: 27 set. 2018.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin; PEREIRA, Giovanna de Mello Cardoso. Normas ius cogens e princípio pro persona. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (org.). **Controle de convencionalidade**. Temas aprofundados. Salvador: Juspodium, 2018.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. O STF pode lançar mão de normas internacionais para julgar crimes da ditadura. **Justificando**, 18 abr. 2016. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/04/18/o-stf-pode-lancar-mao-de-normas-internacionais-para-julgar-os-crimes-da-ditadura/>. Acesso em: 18 set. 2018.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2009. 420p. ISBN 9788574313337.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A declaração universal de direitos da pessoa humana. In: CICCIO FILHO, Alceu José; VELLOSO, Ana Flávia Penna; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. (org.). **Direito internacional na Constituição**. Estudos em homenagem a Francisco Rezek. São Paulo: Saraiva, 2014.

GERBER, Konstantin; CARDOSO, João Vitor. O pluralismo de fontes em perspectiva comparada: Alemanha, Brasil e Colômbia. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin (org.). **A jurisprudência e o diálogo entre cortes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HANNUM, Hurst. The United Nations and Human Rights In: KRAUSE, Catarina; SCHEININ, Martin. **International protection of human rights: a textbook**. 2. ed. rev.. Abo Akademi University, Institute for Human Rights, Turku, Abo: 2012. p. 61-62

LEMPINEN, Miko. **The United Nations Commission on Human Rights and the Different treatment of governments**. An inseparable part of promoting and encouraging respect for human rights. Turku (Abo), Finland: Abo Akademi University Press, 2005.

MAIA, Catherine. A contribuição do juiz internacional à noção de direito imperativo na ordem jurídica internacional: análise comparada da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Parte 1), **Anuário de Direito Internacional**, Belo Horizonte, Cedin, v. 1, n. 16, 2014.

NASSER, Salem Hikmat. Jus Cogens, ainda esse desconhecido. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 2, 2005. (Coleção FGV Direito SP).

ONU. **Human Rights Council resolution 5/1** of 18 June 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. Control of conventionality and the struggle to achieve a definitive interpretation of human rights: the Brazilian experience. **Revista IIDH**, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n. 64, 2016.

_____. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista Faculdade de Direito USP**, São Paulo, v. 106-107, 2011, 2012.

RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2014.

SCHUTTER, Olivier de. The *status* of human rights in international law. *In*: KRAUSE, Catarina; SCHEININ, Martin. **International protection of human rights**: a textbook. Turku (Åbo), Finland: Åbo Akademi University, Institute for Human Rights, 2012.

3 LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS: UNA FLAMA QUE ENCIENDE LA ESPERANZA DE LOS PUEBLOS

Gonzalo Aguilar Cavallo¹

Resumen: *La contribución de la Declaración Universal de Derechos Humanos al progreso de los pueblos es incontestable. Los derechos allí consagrados constituyen logros civilizatorios. La Declaración Universal de Derechos Humanos ha cumplido diversas funciones tanto en el plano internacional como en el ámbito nacional de los Estados. Una de las funciones más relevantes es el impulso que ha generado el desarrollo tanto de políticas como de normas vinculantes en el área de los derechos humanos.*

Palabras clave: *Declaración Universal de Derechos Humanos; universalización; indivisibilidad; sistemas internacionales de protección de los derechos humanos; jurisdicción universal.*

Abstract: *It is undisputed the contribution of the Universal Declaration of Human Rights to the progress of the peoples worldwide. The rights enshrined in the Universal Declaration are civilizing achievements. The Universal Declaration has played a variety of roles both at international and national levels. The promotion and development of both policies and binding human rights norms is one of them.*

Keywords: *Universal Declaration of Human Rights; universalization; indivisibility; international systems of human rights protection; universal jurisdiction.*

I Introducción

En este trabajo abordaremos, en términos generales, la pregunta de cuál es el aporte y la trascendencia que ha tenido la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Este breve análisis, más bien sinóptico, se realiza en el contexto de la celebración del aniversario de los 70 años de la DUDH y tiene por objetivo principal proporcionar algunos elementos de reflexión a propósito de los aportes a la cultura del derecho que ha representado la DUDH y acerca de la trascendencia que esta misma Declaración ha implicado para el progreso del bienestar humano.

¹ Abogado (Chile), doctor en Derecho (España), magister en Relaciones Internacionales (España), master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho Constitucional, Internacional, Ambiental y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Santiago, Chile). Subdirector del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile). E-mail: gaguilar@utalca.cl

Precisamente en este contexto del progreso del bienestar humano, bien vale la pena recordar las palabras contenidas en el preámbulo de la Constitución de la Unesco de 1945, el cual señala que “puesto que las guerras nacen en la mente de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben erigirse los baluartes de la paz”. Nosotros podríamos parafrasear esta oración diciendo que debido a que las injusticias nacen en la mente de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben erigirse los baluartes de la justicia. Uno de los baluartes de la justicia que debe necesariamente formar parte del proceso de formación de todo niño, niña y adolescente es justamente la DUDH. Este es el trabajo que le corresponde realizar, pero aún nos encontramos en deuda, al Estado así como a toda persona, institución o grupo para evitar que se convierta en una realidad perenne la afirmación de René Cassin, el padre de la DUDH, en 1968, cuando señaló que “no habrá paz en este mundo mientras los derechos humanos sean violados en algún lugar de este planeta”.

Este trabajo se divide en tres grandes partes, la primera, aborda las distintas funciones que podría cumplir la DUDH; la segunda, examina los rasgos característicos de la misma y, la tercera parte, analiza los efectos derivados de la DUDH.

2 Funciones

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) fue proclamada el 10 de diciembre del 1948 en el Palais de Chaillot en París, Francia, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.² Al origen de esta Declaración se encuentran dos grandes defensores de los derechos humanos del siglo XX, a saber, el francés René Cassin y la estadounidense Eleanor Roosevelt.³

La DUDH se encuentra emparentada con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH). Esta última fue suscrita y aprobada durante la Novena Conferencia Internacional Americana, que tuvo lugar en Bogotá, Colombia, del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948, luego de que se estableciera la Organización de Estados

² La Declaración Universal de Derechos Humanos fue aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948, ocho Estados se abstuvieron (África del Sur, Arabia Saudita, Checoslovaquia, Polonia, Unión Soviética (Rusia, Ucrania, Bielorrusia y Yugoslavia); “Ainsi pour ceux qui n’avaient pas abandonné l’espoir d’une société ou la justice serait enfin chez elle, ainsi s’imposa la nécessité d’un droit universel qui pût servir de référence et de caution aux hommes sur la terre, quels qu’ils soient, où qu’ils soient. Ils savaient bien ceux-là que l’intolérance, le racisme, la misère ou la guerre ne se soumettraient pas à la force des mots.” en Cérémonie du 40ème anniversaire de la Déclaration universelle des Droits de l’Homme, Discours de François Mitterrand, Président de la République française, en *Les Droits de l’Homme, 1948-1988, Quarantième Anniversaire de la Déclaration Universelle*, Palais de Chaillot, 8-9-10 décembre 1988, UNESCO, Paris, p. 9; “This declaration has become essentially a universal gospel representing the feelings of humanity after the Second World War and is viewed by many experts as detailing Members’ duties under the United Nations Charter”. Velasco (1978), p. 89.

³ LOUVEL, Bertrand. **Les 70 ans de la Déclaration universelle des droits de l’homme**. vendredi 13 avril 2018. Disponible en: <https://www.courdecassation.fr/IMG//B%20Louvel%2070%20ans%20de%20la%20D%C3%A9claration%20universelle%20des%20droits%20de%20l’Homme.pdf>. Visitado el: 25 oct. 2018.

Americanos (OEA) como organización intergubernamental regional con el objetivo de lograr un “orden de paz y justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia”⁴. Asimismo, en torno a la misma época, se aprobó en Río de Janeiro, Brasil, la muy desconocida declaración denominada *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador)*, en la que los Estados americanos proclaman “los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase” y que “constituye el mínimo de derechos de que ellos deben gozar en los Estados americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables”⁵. Es así como la Declaración Americana constituye el primer instrumento internacional de derechos humanos de este tipo⁶, incluso anterior por varios meses a la DUDH.

En este contexto, so podría sostener que la DUDH habría cumplido a lo largo de toda su historia una función de orientación las políticas públicas, una función de impulso normativo, y una función de plataforma para las reivindicaciones de los distintos grupos de la sociedad civil.

2.1 Función de orientación

La DUDH recoge las opiniones comunes y compartidas de los Estados y de los pueblos en cuanto al “reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.”⁷

En este sentido, se produce un efecto de carácter cultural, porque la DUDH refleja un acuerdo cultural. En efecto, hay un acuerdo cultural universal en torno a “una concepción común de estos derechos y libertades” En realidad, la DUDH es el resultado de “la aspiración más elevada del hombre, esto es (sic) el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.”⁸

⁴ Artículo 1 de la Carta de la OEA, que fue reformada por una serie de Protocolos, a saber, el *Protocolo de Reformas de la Carta de la OEA* Protocolo de Buenos Aires (1967), *Protocolo de Cartagena de la India* (1985), *Protocolo de Washington* (1992), y el *Protocolo de Managua* (1993); OEA (2006), p. 241; Faúndez Ledesma (2004), p. 31-32.

⁵ OEA (2006), p. 4.

⁶ OEA (2006), p. 6.

⁷ Preámbulo, Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁸ Preámbulo, Declaración Universal de Derechos Humanos.

La DUDH emerge, entonces, como un faro que guía por el sendero del bienestar humano. Esta orientación es multinivel, porque alcanza tanto el nivel internacional como nacional.

En el ámbito internacional, la orientación proporcionada por la DUDH puede ser analizada desde una perspectiva funcional como desde una perspectiva material. Funcionalmente, la DUDH permite o facilitan el desarrollo de sistemas y órganos de control internacional o supranacional que protegen al individuo de la impunidad de las autoridades nacionales.⁹ En términos generales, la DUDH constituye el punto de partida formal y simbólico de todo el sistema universal de protección de los derechos humanos en el seno de las Naciones Unidas, tal como ocurre con la DADDH respecto de todo el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos.¹⁰ Ambas Declaraciones han servido de fundamento filosófico, jurídico, político y moral para la consolidación progresiva del sistema internacional y americano, respectivamente, de protección de los derechos humanos, tanto mediante un desarrollo normativo sin precedente como a través de la creación de mecanismos específicos de exigibilidad de derechos.¹¹ En este contexto, el sistema interamericano fue el primer sistema regional de protección de los derechos humanos en contar con una declaración de este tipo; una de las diferencias con los sistemas regionales de derechos humanos en África y Europa.¹²

Con la Carta de las Naciones Unidas, y las obligaciones que los Estados miembros asumieron al suscribir la Carta en la esfera de los derechos humanos y libertades fundamentales, complementadas por la DUDH, la protección de los Derechos Humanos pasa a ser parte del sistema internacional, ya no es dominio exclusivo del Estado. Dicho de otro modo, a partir de esa época, los derechos humanos no son más el *domainréservé de l'État*, por lo que, los Estados no pueden intentar reivindicaciones soberanistas, de no injerencia, cuando la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana" está en juego. Desde una perspectiva material, la DUDH cumple una función internacional orientadora en dos sentidos. En primer lugar, la DUDH se ha transformado en el instrumento base que guía el proceso de elaboración de las políticas públicas internacionales. Si se toma la Organización de las Naciones Unidas como una de las principa-

⁹ Zuber (2018), p. 62-63.

¹⁰ OEA (2006), p. 4; "This Declaration became the early cornerstone of the Inter-American System for the protection of human Rights." Buergenthal y Shelton (1995) p. 39; "La Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] fue la culminación de un proceso iniciado en 1948 con la adopción, por parte de la OEA, de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre. Mientras 1948 fue el año de la retórica y la utopía, 1969 fue el año de dar concreción a parte de esas aspiraciones." Medina (2005), p.1; Sobre el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos: Sepúlveda; Van Banning; Gudmundsdottir; D. and Chamoun (2004), p.7-24; Saavedra Alessandri, Pablo (2006), p.375-378.

¹¹ "We celebrate it [the anniversary of the Universal Declaration] because it initiated a process of normative, institutional, and procedural change that has had an extraordinary impact on national and international life. It has been the inspirational fountainhead for most of the vast codification of human rights that has taken place internationally in the post-world War II era [...]." Marks y Weston (1998), p. 114.

¹² Shaw (2007), p. 209-232.

les organizaciones internacionales hacedoras de políticas públicas a nivel global, pues todas ellas parten con la invocación de la DUDH. Así, por ejemplo, la Agenda 2030 sobre los Objetivos del Desarrollo Sostenible tiene como uno de sus principales fundamentos la DUDH.¹³ En segundo lugar, la DUDH materialmente orienta en el sentido de que los valores y principios contenidos en la DUDH sirven de guía para los órdenes jurídicos internos, los cuales deben ajustarse a ellos a fin de asegurar “el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre”.

En el ámbito interno, la DUDH sirve de guía para la fijación de las políticas públicas del gobierno y las políticas legislativas del parlamento.¹⁴ En este sentido, la DUDH emerge para los Estados como el principal instrumento de derechos humanos orientador de sus políticas públicas. Desde esta perspectiva, se puede notar además *la función de unidad e integración* de la DUDH, donde los Estados y pueblos del planeta, pueden lograr una real comunidad política y social, ordenados todos detrás de la “concepción común de los derechos humanos y libertades fundamentales”, de la cual es portadora la DUDH.

2.2 Función de impulso

Sin duda, la DUDH ha estimulado y sigue estimulando la creación de normas en materia de derechos humanos. En este sentido, la DUDH es fuente inevitable de normas y principios internacionales, regionales y nacionales directamente vinculantes:

En el nivel internacional, no los únicos, pero dos de los más relevantes instrumentos internacionales elaborados a partir de la DUDH son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966. En efecto, los derechos humanos consagrados en la DUDH, y también en la DADDH, fueron plasmados en tratados internacionales tanto de tipo general como específico, tal como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (en adelante CADH).¹⁵ El conjunto de los instrumentos internacionales y regionales en materia de derechos humanos no intenta “imponer igual-

¹³ “La nueva Agenda se inspira en los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, incluido el pleno respeto del derecho internacional. Sus fundamentos son la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados internacionales de derechos humanos, la Declaración del Milenio y el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005. Se basa asimismo en otros instrumentos, como la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo.” Asamblea General (2015), par. 10.

¹⁴ LOUVEL, Bertrand. **Les 70 ans de la Déclaration universelle des droits de l'homme**. vendredi 13 avril 2018. Disponible en: <https://www.courdecassation.fr/IMG///B%20Louvel%2070%20ans%20de%20la%20D%3%A9claration%20universelle%20des%20droits%20de%20l'Homme.pdf>. Visitado el: 25 oct. 2018.

¹⁵ Pinto (2004) p. 91-93; “La proclamation internationale des droits de l'homme, d'origine récente, procède des sources écrites: depuis la fin de la deuxième guerre mondiale, plusieurs centaines de textes participent de cette proclamation.” Sudre (2001), p. 93

dades a nivel mundial, sino, todo lo contrario, de consagrar el derecho a ser diferente como una decisión autónoma que respete la libertad y la dignidad de cada individuo.”¹⁶

En el nivel regional, la DUDH se encuentra a la base del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; de la Convención Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981; de la Carta Árabe de Derechos Humanos de 2004; y de la Declaración Asiática de Derechos Humanos de 2012.

En el ámbito nacional, la DUDH ha sido fuente de inspiración de los catálogos constitucionales en múltiples constituciones del mundo, tanto de forma explícita como de forma implícita. Además, la DUDH se ha incorporado en algunos textos constitucionales como elemento o parámetro de interpretación de los derechos fundamentales que rigen en dichos órdenes internos. La Constitución española y portuguesa constituyen un ejemplo paradigmático de esto, sobre todo, por el efecto irradiación que estas constituciones han tenido en el ámbito latinoamericano.

Además de la función de impulso normativo, igualmente, la DUDH estimula políticas internas para desarrollar su contenido a través de normas vinculantes. Esto es, las políticas públicas, si son orientadas por la DUDH, pueden llegar a concretarse en el orden interno de los Estado, en normas jurídicas vinculantes, en cualquiera de los niveles jerárquicos de las fuentes internas y en cualquiera de los niveles normativos territoriales de organización del Estado.

Una característica muy relevante de esta función de impulso es que la DUDH ha sido el punto de partida de una serie de normas jurídicas vinculantes pero al mismo tiempo es el fundamento del desarrollo progresivo de los derechos humanos, de tal manera, que los nuevos instrumentos jurídicos vinculantes, no sólo plasman las normas ya reconocidas en la DUDH, sino que además, a partir de esta DUDH se desarrollan nuevos estándares o se desprenden nuevos derechos para los individuos y pueblos.

2.3 Función de plataforma

La DUDH sirve, al mismo tiempo, de plataforma y sustrato para la acción en materia de derechos humanos de la sociedad civil organizada. La DUDH sirve como una poderosa plataforma de lanzamiento y articulación del discurso político ciudadano en torno a los derechos humanos. La DUDH puede ser un útil instrumento que sirve de plataforma para montar y articular el discurso en derechos humanos que apunta a forjar o a modelar la opinión pública. Esta acción de la sociedad civil y su interacción con la opinión pública puede darse tanto a nivel nacional como internacional. De hecho, la DUDH puede llegar

¹⁶ Pinto (2004), p. 94.

a ser un potente instrumento a partir del cual se elabora un discurso en derechos humanos y, de esa manera, convertirse en un relevante útil persuasivo ante la opinión pública mundial.

3 Singularidades

Es comúnmente aceptado que existen muchas similitudes entre la DUDH y la DADDH, incluyendo su respectivo proceso de aprobación y contenido normativo. Según O'Donnell, la DUDH y la DADDH comparten tres características fundamentales, a saber: I) "Reconocen una amplísima gama de los derechos fundamentales incluidos los de carácter civil, político, social, económico y cultural"; II) "No son tratados internacionales y en el momento de su elaboración carecían de carácter vinculante"; III) "Son considerados por los órganos internacionales competentes manifestaciones del derecho internacional consuetudinario, vinculantes para todos los Estados Partes en las Naciones Unidas y la OEA, respectivamente."¹⁷ Por lo tanto, a partir de estos antecedentes, en esta parte, intentaremos esbozar las principales características de la DUDH.

3.1 Revolucionaria

La DUDH se encuentra ampliamente inspirada de una tradición revolucionaria. La DUDH, y también la DADDH, han heredado del importante legado histórico de las declaraciones proclamatorias del constitucionalismo liberal de los siglos XVIII y XIX, en especial la Declaración de Virginia (Estados Unidos, 1776) y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789).¹⁸

En realidad, la DUDH continúa la tradición iniciada con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual se encuentra inspirada ella misma, en la declaración de independencia estadounidense de 1776. De modo que la DUDH es portadora de toda la herencia del humanismo, la ilustración y el antropocentrismo.¹⁹ La DUDH constituye la traducción política definitiva de un derecho natural preexistente que

¹⁷ O'Donnell (2007), p. 56.

¹⁸ "Adoptée le 26 aout 1789, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen acquiert immédiatement la force symbolique d'un texte inaugural, fondateur d'un ordre nouveau." Lochak (2002), p. 23; Velasco (1978), p. 87-88; "Y esa misma Conferencia de Bogota adopta la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre mucho antes que la Declaración Universal y con mucho más contenido de DESC." Garretón (2007), p. 38.

¹⁹ MARIN, Jean-Claude. **Les 70 ans de la Déclaration universelle des droits de l'homme**. vendredi 13 avril 2018. Disponible en: https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/discours_2202/marin_procureur_7116/declaration_universelle_38975.html. Visitado el: 25 oct. 2018.

se enraíza en la idea de la primacía de la libertad individual y, ahora se agrega, de la dignidad humana.²⁰

La DUDH es portadora de manifestaciones revolucionarias para la época, como el principio de que la soberanía se encuentra limitada por los derechos humanos. En efecto, la DUDH reitera la consagración del principio de la soberanía del pueblo, limitándola a través del reconocimiento de los derechos.

3.2 Vocación universal

La DUDH tiene, por su propia naturaleza y por el tiempo y las condiciones en las que fue concebida, una vocación de universalidad.²¹ La DUDH pretende recoger en su seno los derechos y libertades “de todos los miembros de la familia humana” y basada en una “concepción común de estos derechos”. Por esta razón, aquello que los Estados y pueblos de las Naciones Unidas pretenden con la DUDH es “el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”. Con estas expresiones, queda fundada la comunidad política internacional, hoy diríamos global, que se fundamenta en la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana. Por ello, respecto de los derechos, es deber de los Estados asegurar “su reconocimiento y aplicación universales y efectivos”. En definitiva, la DUDH establece una de las características más fundamentales de los derechos humanos, i.e., que los derechos humanos son universales. Esto ha sido reiterado en el tiempo, particularmente, en la Declaración de Viena de 1993. Cabe también recordar que René Cassin, considerado uno de los padres de la DUDH, intervino para que el término inicialmente previsto de “internacional”, fuera reemplazado por “universal” “a fin de marcar mejor que la Declaración trasciende las naciones para alcanzar al hombre mismo en su individualidad”.²²

Tanto la DUDH como la DADDH han afirmado solemnemente la universalidad de los derechos humanos, al consagrar un “concepto universal y transhistórico” del ser humano²³. Tal como lo confirmó la *Declaración y Programa de Acción de la Conferencia de Viena* adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en junio del 1993,

²⁰ Zuber (2018), p. 62-63.

²¹ MARIN, Jean-Claude. **Les 70 ans de la Déclaration universelle des droits de l'homme**. vendredi 13 avril 2018. Disponible en: https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/discours_2202/marin_procurateur_7116/declaration_universelle_38975.html. Visitado el: 25 oct. 2018.

²² LOUVEL, Bertrand. **Les 70 ans de la Déclaration universelle des droits de l'homme**. vendredi 13 avril 2018. Disponible en: <https://www.courdecassation.fr/IMG///B%20Louvel%2070%20ans%20de%20la%20D%C3%A9claration%20universelle%20des%20droits%20de%20l'Homme.pdf>. Visitado el: 25 oct. 2018.

²³ Bartolomei (1996), p. 546.

la universalidad es una de las características fundamentales de los derechos humanos, al mismo título que la interdependencia, interrelación, o inalienabilidad.²⁴ Ambas Declaraciones contienen un catálogo tanto de derechos políticos y civiles, como de derechos económicos, sociales y culturales, todos de naturaleza fundamentalmente individual. Asimismo, la elaboración de la DUDH fue una de las primeras tareas de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas mientras que el Proyecto de la DADDH fue preparado por un Comité Jurídico Interamericano y presentado luego a la Novena Conferencia Internacional Americana. Además, la doctrina ha sostenido que la Declaración Americana sirvió de modelo para la elaboración de la Declaración Universal.

3.3 Constitución internacional

La DUDH permite fundamentar, al menos desde el punto de vista material, una especie de Constitución internacional o transnacional o, más modernamente, global, si se acepta que, como se ha sostenido, supra, la cuestión de los derechos humanos no es una materia exclusiva del Estado.

3.4 Pilar del Estado de Derecho y del orden público

La DUDH se ha convertido en el pilar fundamental del Estado de Derecho internacional y el elemento fundante de un orden público internacional. Justamente, una de las atracciones que ha producido la DUDH es que por su intermedio se ha podido extrapolar estas dos concepciones, tradicionalmente atadas y limitada a las fronteras del Estado, al ámbito internacional, siendo llevadas extra muros para justificar la idea de constitucionalismo, ahora, global. En este sentido, Arnold sostiene que la DUDH crea un orden público (universal, regional, nacional) y se configura como la piedra angular de dicho orden público.²⁵

En la misma línea, Biaggini afirma que “[s]i todo no engaña, entonces la marcha de la Constitución hacia esferas supraestatales es una segunda respuesta al fenómeno de la creciente internacionalización de la política y el Derecho. El Derecho internacional

²⁴ “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí.”, en Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena el 25 de junio de 1993, par. 5; “Pour les révolutionnaires, les droits de l’homme étaient nécessairement universels. Mais cette nécessité était avant tout d’ordre philosophique, même si elle correspondait aussi au rêve d’un avenir meilleur pour l’humanité tout entière. Aujourd’hui, l’universalité des droits de l’homme est devenue réalité, non pas au sens où ils seraient désormais universellement reconnus et respectés, mais au sens où la revendication des droits de l’homme s’est diffusée à l’ensemble de la planète.” Lochak (2002), p. 49.

²⁵ Arnold (1998), p. 59-67.

se hace útil para los fines constitucionales. Se aspira a asegurar los estándares constitucionales autóctonos también a escala internacional. Funciones que hasta ahora la Constitución nacional cumplía ella sola más o menos — protección de las libertades, garantía de la paz, limitación del poder, etc. — son prolongadas cada vez más a escala supraestatal en forma de agrupaciones de Derecho internacional y de organizaciones internacionales y supranacionales. Casi se intenta hablar de una «outsourcing» parcial de funciones constitucionales. La Constitución, a la que frecuentemente se califica como introvertida, se vuelve «hacia fuera». La Constitución se hace más internacional y el Derecho internacional se hace más constitucional.²⁶

3.5 Individuo sujeto de derechos

Si bien es cierto que los procesos emancipatorios del individuo habían comenzado hace bastante tiempo, la época de las revoluciones no hace sino fortalecer esta trayectoria emancipatoria. En efecto, el individuo, con la revolución inglesa, la independencia de los Estados Unidos y la revolución francesa, da un salto exponencial en el proceso emancipatorio a nivel interno del Estado. Esto significa que con el reconocimiento de derechos derivados de estos procesos revolucionarios la calidad de sujeto de derechos interno del individuo adquiere carta de nacionalidad. Esta trayectoria emancipatoria se ve continuada con la DUDH pero, esta vez, a nivel internacional, lo cual permite, asimismo, que el individuo pase a ser considerado sujeto de derechos en el derecho internacional.²⁷

3.6 Abanico de derechos

La DUDH incorpora en su texto una pluralidad y diversidad de derechos humanos, sin distinción de ninguna especie. La concepción que se encuentra a la base de la redacción de la DUDH es que los derechos humanos son todos iguales, sin jerarquía y merecen el mismo tratamiento jurídico. En este sentido, la DUDH contribuye a esclarecer el resistente mito de las categorías de derechos expresados en la famosa teoría de las generaciones de derechos. La DUDH recoge, en 30 artículos, tanto derechos civiles y políticos, como derechos económicos, sociales, culturales, sin distinción. E, incluso, la DUDH permite, facilita y favorece el desarrollo de nuevos estándares y también de nuevos derechos. En este punto, no cabe sino destacar el rol clave que juega el artículo 25 de

²⁶ Biaggini (2003), p. 43-75, especialmente, p. 53.

²⁷ Arnold (1998), p. 59-67.

la DUDH, el cual opera como punto de partida para el desarrollo de nuevas argumentaciones en derechos humanos. La norma menciona reza como sigue:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Por otro lado, a pesar de la existencia de múltiples similitudes entre la DUDH y la DADDH, existen varias diferencias. Por ejemplo, la DUDH sólo contiene 30 disposiciones mientras que la DADDH comprende 38 artículos que plasman derechos humanos y obligaciones correlativas. Tal como lo señalaron Steiner y Alston, la diferencia en el número de artículos se debe a la proclamación de deberes de las personas en el segundo capítulo de la DADDH²⁸. Asimismo, sólo la DADDH es la base normativa para el mecanismo interamericano de denuncias individuales de violaciones de derechos humanos contra Estados miembros de la OEA no partes en la CADH.

La Declaración posee, sin duda, un valor moral innegable. De hecho, se puede afirmar que la DUDH constituye el estándar ético mundial cuando la misma Declaración se proclama el “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse.” Pero, al mismo tiempo, la DUDH es mucho más que eso.

En este sentido, cabe recordar que la DUDH es una resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, por lo que per se, carece de fuerza vinculante.²⁹ Igualmente, la DADDH fue aprobada inicialmente como una mera recomendación regional, que fue adjunta a los trabajos de la Conferencia de Bogotá en 1948.

En efecto, la DUDH es, formalmente, una resolución adoptada por una organización internacional, por lo tanto, este instrumento es por sí mismo jurídicamente no vinculan-

²⁸ Steiner y Alston (2000), p. 869.

²⁹ “La principale question que pose l'étude de la Déclaration est celle de son statut juridique. Le texte, qui n'est, comme la Déclaration universelle, qu'une résolution, est en principe non contraignant.” Hennebe (2007), p. 23.

te.³⁰ Este mismo razonamiento se aplica a la DADDH.³¹ Con todo, ¿La DUDH recoge normas consuetudinarias de derechos humanos? La doctrina internacionalista ha analizado, en reiteradas ocasiones, el valor consuetudinario de la DUDH³², pero ha efectuado en pocas ocasiones el mismo análisis respecto a la DADDH. O'Donnell recuerda que sólo, algunas veces, la CIDH se ha referido al valor consuetudinario de la DADDH.³³ En nuestra visión, la Declaración posee un valor jurídico obligatorio, como norma consuetudinaria, al menos, en lo referido a algunos de sus artículos, como por ejemplo, la norma contenida en el artículo 25.

3.7 Carta internacional

La DUDH compone lo que se denomina la Carta Internacional de derechos humanos. La Carta internacional de derechos humanos está estructurada con la DUDH y con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966.

3.8 Intemporal

La DUDH presenta un carácter intemporal y siempre de actualidad. Es un instrumento que no pasa de moda y que cada año renueva su relevancia para el progreso del bie-

30 "The declaration was not intended to impose legal obligations on states but, rather, to set out goals for which states were expected to strive. [...] Whatever its philosophical limitations, the declaration has had great legal and political influence." Freeman (2002), p. 36; "La Déclaration, formellement, n'est qu'une résolution de l'Assemblée générale: elle exprime l'accord des Etats sur "un idéal commun à atteindre par tous les peuples", comme l'énonce son préambule, mais elle est dépourvue de caractère obligatoire. [...] Mais sa portée ne se limite pas à cette force morale : d'une part parce que certains Etats l'ont incorporée à leur constitution; d'autre part parce que ses dispositions ont été presque intégralement reprises dans les deux Pactes de 1966, aujourd'hui ratifiés par plus de cent quarante Etats. Enfin, une partie de la doctrine estime que les principes énoncés par la Déclaration ont acquis la valeur de normes coutumières, donc opposables aux Etats." Lochak (2002), p. 51; Delmas-Marty (2004), p. 56-74.

31 "The negotiation and adoption of resolutions by international organizations or conferences, together with the explanations of vote, are acts of the States involved. It is recognized that, with a few exceptions, resolutions are normally not binding in themselves and therefore the value accorded to any particular resolution in the assessment of the formation of a rule of customary international law depends on its content, its degree of acceptance and the consistency of related State practice.8 The greater the support for the resolution, the more importance it is to be accorded." Henckaerts (2005), p. 179; "The binding or recommendatory quality of resolutions is closely related to the concept of state consent. [...] Although organ practice may not be good evidence of the intention of the original state parties, it is of probative value as customary law. Here the United Nations is a participant in the international legal process." Higgins (1994), p. 24-25; "Although it is not a treaty, and thus not binding as such under the treaty clause of the federal constitution, it is a source of legal obligation upon the United States as a party to the OAS Charter." Wojcik (1994), p. 662; Faúndez Ledesma (2004), p. 32-33.

32 Malanczuk (1997), p. 212-213.

33 O'Donnell (2007), p. 69.

nestar de los individuos, comunidades y pueblos. De hecho, la DUDH ha sido traducida a más de 500 lenguas en el mundo.³⁴

Como ya se ha sostenido, la DUDH es propuesta permanentemente como el instrumento que justifica y explica el desarrollo de nuevos estándares y de nuevos derechos.

3.9 Concepción universal de la justicia

En directa relación con el Estado de Derecho internacional, la DUDH diseña una concepción universal de la justicia. En efecto, la DUDH se encuentra a la base de diversas iniciativas jurisdiccionales internacionales, particularmente, en el terreno de los derechos humanos y del derecho internacional penal. Así, la DUDH ha sido invocada como fundamento de la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en 1993; del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en 1994; y de la Corte Penal Internacional en 1998.

4 Conclusión

Sin duda, que la DUDH representa un hito en el progreso cultural de la humanidad y en la promoción del bienestar humano y, aún hoy, 70 años después de su aprobación, continua contribuyendo a la construcción del progreso humano en nuevas aristas, hasta ahora, no consideradas.

La DUDH constituye son duda el pilar fundante de todo el moderno sistema internacional de los derechos humanos. Es la piedra angular a partir de la cual evolucionó vertiginosamente el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, la DUDH estimuló el surgimiento de los distintos sistemas universales y regionales de protección de los derechos humanos. También, esta Declaración ha tenido la virtualidad de promover el desarrollo de nuevos aspectos de derechos y consagrados o, incluso, de nuevos derechos humanos, tales como el derecho de acceso al agua potable y al saneamiento. La DUDH forma parte de la Carta Internacional de los derechos humanos la cual se configura como un instrumento fundante de un espacio público internacional y de un orden constitucional internacional, toda vez que los derechos humanos se encuentran en la cúspide de este ordenamiento. En definitiva, la DUDH a través de sus distintas funciones ha favorecido la consolidación de un derecho constitucional internacional.

³⁴ LOUVEL, Bertrand. **Les 70 ans de la Déclaration universelle des droits de l'homme**. vendredi 13 avril 2018. Disponible en: <https://www.courdecassation.fr/IMG///B%20Louvel%2070%20ans%20de%20la%20D%C3%A9claration%20universelle%20des%20droits%20de%20l'Homme.pdf>. Visitado el: 25 oct. 2018.

Por otra parte, la DUDH ha tenido una relevante repercusión en los ordenamientos jurídicos internos. No podría haber sido de otro modo, desde el momento en que los derechos humanos deben cumplirse con eficacia y eficiencia en el derecho interno de los Estados. Ellos tienen una vocación de cumplimiento interno. La DUDH ha inspirado a diversas constituciones en el mundo para fundarse, como elemento axiológico, en el principio de la dignidad humana y también en la configuración de su catálogo de derechos. Incluso, la DUDH es el instrumento fundante de la interpretación por los jueces nacionales en materia de derechos fundamentales, ya sea porque la constitución así lo dice o porque los jueces nacionales asumen en su práctica jurídica este método de interpretación. De manera que la DUDH ha propulsado también el proceso de internacionalización del derecho constitucional. Resta todavía por consolidar un proceso de integración entendiendo que los derechos deben tener un estándar mínimo, el cual viene determinado por el derecho internacional de los derechos humanos, salvo que el orden jurídico interno haya previsto un estándar más elevado del goce de estos derechos.

Referências

- BARTOLOMEI, María Luisa. Universalismo y diversidad cultural en América Latina. *In*: IIDH. **Estudios Básicos de Derechos Humanos VI**. San José, Costa Rica: IIDH, 1996.
- BIAGGINI, Giovanni. La idea de Constitución: ¿Nueva orientación en la época de la globalización?". **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 7, p. 43-75, 2003.
- BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah. **Protecting Human Rights in the Americas: Cases and Materials**. 4th ed. Strasbourg: N.P. Engel Publisher, Fourth Edition 1995.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit: Le relatif et l'universel**. Paris: Editions du Seuil, 2004. p. 56-74.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales**. Costa Rica: IIDH, 2004.
- FREEMAN, Michael. **Human Rights: An Interdisciplinary Approach**. Cambridge: Polity, 2002.
- GARRETÓN, Roberto. Los derechos humanos económicos, sociales y culturales. *In*: ERAZO, Ximena; ABRAMOVICH, Victor; ORBE, Jorge (ed.). **Políticas públicas para un Estado social de derechos: El paradigma de los derechos universales**. [S. l.]: LOM Ediciones, 2007. v. I.
- HENCKAERTS, Jean-Marie. Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict. **International Review of the Red Cross**, v. 87, n. 857, 2005.
- HENNEBEL, Ludovic. **La Convention Américaine des Droits de l'Homme: mécanismes de protection et étendue des droits et libertés**. Bruxelles: Bruylant, 2007.
- HIGGINS, Rosalyn. **Problems and Process: International Law and How We Use It**. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- LOCHAK, Daniel. **Les Droits de l'Homme**. Paris: La Découverte, 2002.

LOUVEL, Bertrand. **Les 70 ans de la Déclaration universelle des droits de l'homme**. vendredi 13 avril 2018. Disponible en: <https://www.courdecassation.fr/IMG///B%20Louvel%2070%20ans%20de%20la%20D%C3%A9claration%20universelle%20des%20droits%20de%20l'Homme.pdf>. Visitado el: 25 oct. 2018.

MALANCZUK, Peter. **Akehurst's Modern Introduction to International Law**. 7th Revised Edition. New York: Routledge, 1997.

MARIN, Jean-Claude. **Les 70 ans de la Déclaration universelle des droits de l'homme**. vendredi 13 avril 2018. Disponible en: https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/discours_2202/marin_procureur_7116/declaration_universelle_38975.html. Visitado el: 25 oct. 2018.

MARKS, Stephen P.; WESTON, Burns H. International Human Rights at Fifty: A Foreword. **Transnational Law and Contemporary Problems**, v. 8, n. 2, Fall 1998.

MEDINA QUIROGA, Cecilia. **La Convención Americana**: Teoría y Jurisprudencia. San José: Universidad de Chile, 2005.

O'DONNELL, Daniel. **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Bogotá: OACNUDH, 2007.

PINTO, Mónica. **El Derecho Internacional**: Vigencia y desafíos en un escenario globalizado. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004.

RAINER, Arnold. La Declaración Universal de Derechos Humanos y su importancia para el desarrollo de la cultura del derecho. *In*: en BALADO, Manuel y; GARCÍA REGUERO, J. Antonio (dir.). **La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario**. Barcelona: Editorial Bosch, 1998. p. 59-67.

SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. The Inter-American Court of Human Rights. Present and Future Challenges. **Column**, v. 24/3, p. 375-378, 2006.

SHAW, Carolyn M. The Evolution of Regional Human Rights Mechanisms: A Focus on Africa. **Journal of Human Rights**, v. 6, p. 209-232, 2007.

SEPÚLVEDA, Magdalena; VAN BANNING, Theo; GUDMUNDSDOTTIR, Gudrun; CHAMOUN, Christine *et al.* **Universal and Regional Human Rights Protection**: Cases and Commentaries. Costa Rica: University for Peace, 2004.

STEINER, Henry; ALSTON, Philip. **International Human Rights in Context**: Law, Politics, Morals. 2nd Editioned. [S. l.]: Oxford University, 2000.

SUDRE, Frédéric. **Droit international et européen des droits de l'homme**. 5ème Editioned. Paris: Puf, 2001.

VELASCO, Eugenio. **The Difficult Task of Protecting Human Rights**. Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Annual, 1978. v. I.

WOJCIK, Mark E. Using International Human Rights Law to Advance Queer Rights: A Case Study for the American Declaration of the Rights and Duties of Man. **Ohio State Law Journal**, 1994.

ZUBER, Valentine. La déclaration des droits de l'homme. *In*: LE MONDE. **L'histoire des révolutions**. Paris: Le Monde, 2018.

Documentos

ASAMBLEA GENERAL. **Doc. N.U. A/RES/70/1**, de fecha 21 de octubre de 2015.

OEA (2006). **Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano** (actualizado a septiembre de 2006). San José de Costa Rica: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006.

NACIONES UNIDAS. **Preámbulo**. Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 dic. 1948.

4 O DIREITO À SAÚDE E OS 70 ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS¹

1 Versão revista e ampliada do artigo "A ONU e a Saúde Global", publicado em JUBILUT, Líliliana Lyra; SILVA, João Carlos Jarochinski; RAMINA, Larissa (org.). **A ONU aos 70**: contribuições, desafios e perspectivas. Boa Vista: Editora da Universidade Federal de Roraima, 2016, p. 960-985. Alguns dos elementos adicionados à versão original encontram-se no artigo "Direitos Humanos e Saúde Global", publicado em BOLONHA, Carlos *et al.* (org.). **30 anos de Constituição de 1988**: uma jornada democrática inacabada. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2019, p. 247-256.

Deisy Ventura²

Resumo: O artigo é uma breve síntese, alusiva aos 70 anos da DUDH, de temas candentes relacionados ao direito humano à saúde no âmbito internacional. Na primeira parte do texto, em linhas gerais, identifica-se o papel dos diferentes atores do sistema onusiano na chamada “governança global da saúde”, abordando a nova Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável que suscita o debate sobre a Cobertura Universal em Saúde, um dos mais importantes itens da agenda internacional contemporânea da saúde. A seguir, na segunda parte do artigo, é tratada a securitização da Saúde Global atualmente promovida pela ONU, mencionando especialmente a resposta internacional à epidemia de Ebola na África Ocidental (2014-2015).

Palavras-chave: Saúde Global. Direitos Humanos. Cobertura Universal de Saúde. Ebola. Direito à saúde.

Abstract: *In honor of the UDHR's 70th anniversary, the article summarizes complex issues related to the human right to health at the international level. The first part of the text identifies the role of the different actors of the United Nations system in the so-called "global health governance", addressing the new Agenda 2030 for Sustainable Development that raises the debate on Universal Health Coverage, one of the items the international agenda of health. The second part of the article deals with the securitization of Global Health currently promoted by the UN, with emphasis on the international response to the Ebola epidemic in West Africa (2014-2015).*

Keywords: *Global Health. Human Rights. Universal Health Coverage. Ebola. Right to Health.*

I Introdução

Em plena Segunda Guerra Mundial, a devastada Europa protagonizou uma grande evolução no campo da saúde pública. Refiro-me ao *Plano Beveridge*, de 1942, considerado um marco fundamental do paradigma do Estado de bem-estar social (*Welfare Sta-*

² Professora titular de Ética da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP), onde também é chefe do Departamento de Saúde Ambiental e vice-coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Saúde Global e Sustentabilidade. Livre-docente em Direito Internacional do Instituto de Relações Internacionais da USP, onde foi professora de 2008 a 2018; doutora em Direito Internacional e mestre em Direito Europeu da Universidade de Paris 1, Panthéon-Sorbonne. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq – Nível 1B.

te) no século XX.³ Tal programa de reformas lançou as bases para que se instituisse no Reino Unido, em 1948, um sistema nacional, universal e gratuito de assistência médica, financiado pelo orçamento fiscal e, portanto, desvinculado da relação contratual que até então havia caracterizado as políticas públicas no campo social.⁴ Com efeito, a criação do serviço de saúde britânico (*National Health Service*) teve por objetivo oferecer benefícios básicos e iguais para todos, independentemente de sua remuneração, contribuições a programas ou empregos.⁵

Creio que uma das mais ricas interpretações do impacto dessa inovação no plano do Direito provém de Michel Foucault. Em uma conferência proferida em 1974, na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Foucault sustentou:

Em 1942 – no coração desta guerra mundial que mata quarenta milhões de pessoas – consolidou-se não o direito à vida, *mas um direito diferente, mas importante e mais complexo, que é o direito à saúde*. No momento em que a guerra causava grandes destruições, uma sociedade encarregava-se da tarefa explícita de garantir aos seus membros não apenas a vida, mas também a vida em boa saúde⁶ (grifo nosso).

A seguir, Foucault analisa uma série de características desse evento, entre as quais eu gostaria de sublinhar três. A primeira delas é a inversão da lógica dominante do *indivíduo em boa saúde a serviço do Estado*, que deu lugar à ideia do *Estado a serviço do indivíduo em boa saúde*. Não que a proteção da saúde do indivíduo pelo Estado fosse, àquela altura da história, uma novidade. Porém, segundo o autor, a garantia da saúde havia significado, até então, o interesse do Estado em preservar a força de trabalho do indivíduo, a sua capacidade de produção e a sua disponibilidade para o serviço militar. Assim, o escopo da medicina patrocinada pelo Estado foi essencialmente uma expressão do nacionalismo, até que o Plano Beveridge transformasse a saúde em objeto de preocupação dos Estados não para com eles mesmos, mas para com os indivíduos, consubstanciando o direito humano de manter o próprio corpo em boa saúde.

³ O *Social Insurance and Allied Services* foi coordenado pelo economista William Beveridge, razão pela qual ficou conhecido como *Beveridge Report*. O plano foi encomendado pelo Parlamento Britânico como um relatório sobre os sistemas nacionais de previdência social existentes no mundo, que deveria igualmente trazer recomendações que norteariam a reconstrução nacional no pós-guerra, cf. LLANOS REYES, Claudio. Seguridad social, empleo y propiedad privada en William Beveridge. *Hist. Crit.*, Bogotá, n. 51, p. 223-246, set. 2013.

⁴ FIORI, José Luís. Estado de bem-estar social: padrões e crises. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 7, n. 2, p.129-147, 1997.

⁵ ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do welfare state. *Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991.

⁶ No original, “En 1942 – au coeur de cette guerre mondiale qui tua quarante millions de personnes - s'est consolidé non pas le droit à la vie, mais un droit différent, plus important et plus complexe, qui est le droit à la santé. À un moment où la guerre causait de grandes destructions, une société prenait en charge la tâche explicite de garantir à ses membres non seulement la vie, mais aussi la vie en bonne santé”, FOUCAULT, M. Crise de la médecine ou crise de l'antimédecine? In: Idem. *Dits et écrits* – Tomo III. Paris: Gallimard, 2001[1974], p. 40-58.

Em segundo lugar, Foucault destaca a entrada da saúde no campo da macroeconomia. Assegurar a saúde dos indivíduos passa a ser uma fonte de despesas que, por seu volume, encontra-se entre os itens mais onerosos dos orçamentos dos países desenvolvidos, seja qual foi o sistema de financiamento em questão (público, privado ou misto). Daí decorre, provavelmente, o terceiro aspecto apontado por Foucault: a saúde tornou-se objeto de uma verdadeira luta política. A partir do final da Segunda Guerra Mundial e da eleição triunfal dos trabalhistas ingleses, não houve no Hemisfério Norte um só partido político, nem uma só campanha eleitoral, que não tenha pautado o financiamento da saúde como um elemento fundamental.

Recordo estas palavras de Foucault para que se possa compreender o contexto histórico do célebre artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), segundo o qual:

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família *saúde e bem estar*, inclusive alimentação, vestuário, habitação, *cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis*, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social⁷. (grifo nosso)

Como parte do mesmo movimento que engendrou a DUDH, a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) manteve essa concepção ampla do direito à saúde, por meio de incontáveis instrumentos jurídicos e políticos. Com isso, consubstanciou uma profunda transformação do direito internacional. Embora este conserve, até hoje, seu escopo liberal original – no sentido de que serve para gerar a coexistência e a cooperação entre Estados soberanos, zelando por princípios como a igualdade formal entre os Estados e a não intervenção em seus assuntos internos –, a Carta de São Francisco formalizou as novas ambições, grande parte delas refletidas na DUDH.

O direito internacional passa então a influenciar políticas públicas regionais e nacionais, buscando compensar, por meio de um conjunto de princípios e mais adiante por um vasto tecido convencional, os desequilíbrios humanos, econômicos, sociais ou culturais que existem entre os Estados. Nesse sentido, ele evolui como um *direito-providência*, pois passa a salvaguardar, por diferentes formas de regulação, o bem-estar

⁷ RODRIGUES, Anna Maria de Lucena (coord.). **Direitos Humanos**: atos internacionais e normas correlatas. 4. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013, p. 23.

da população mundial.⁸ Emanuelle Tourme-Jouannet identifica no convívio entre estas duas características por vezes antagônicas do direito internacional, a *liberal* e a *providencial*, a origem de numerosas tensões no plano internacional.

Assim, como um direito pós-guerra fria e pós-colonialista, numa dimensão em que convivem, de um lado, a universalização dos direitos humanos e, de outro, o forte impacto regulatório da globalização econômica sobre os direitos, o direito internacional contemporâneo corresponde cada vez menos à tradicional ideia de mero regramento da justaposição de Estados soberanos. Altamente especializado em alguns setores, em grande parte deles sendo capaz de permear as ordens jurídicas locais, nacionais e regionais, o direito internacional hoje não resulta apenas da interação entre os Estados, mas também do movimento de outros atores, não raro fora do âmbito estatal ou interestatal, sendo um instrumento que pode servir tanto à dominação como à emancipação das populações.

Creio que a saúde pública constitui um campo privilegiado para o estudo da notável complexidade dessa evolução, diante das já citadas peculiaridades do direito à saúde. Desde a primeira conferência sanitária internacional, realizada em 1851, em Paris, com o objetivo precípua de minorar não a incidência de doenças, mas sim a duração das medidas de quarentena, consideradas desmedidas e nocivas para o comércio,⁹ verifica-se a tensão entre saúde e mercado, entre interesses humanos e econômicos, entre a ciência e o lucro.¹⁰ Com o advento do sistema onusiano, as organizações internacionais passam a ser uma das mais importantes arenas em que esses embates têm lugar. A paulatina inserção da saúde na agenda de numerosos organismos internacionais, dotados de objetivos e enfoques bastante diversos, tem aumentado as mencionadas tensões, além de dificultar uma visão de conjunto do que de fato tem feito a ONU em matéria de Saúde Global.

Originalmente, a saúde aparece em quatro trechos da Carta de São Francisco. Segundo o seu artigo 13.1, a Assembleia Geral iniciará estudos e fará recomendações destinados a promover cooperação internacional, entre outros, no terreno sanitário, favorecendo o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. Em virtude do artigo 55, com o intuito de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, as Nações Unidas favorecerão a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos. Ademais, o Conse-

⁸ TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. **A short introduction to International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

⁹ KEROUEDAN, Dominique. **Géopolitique de la santé mondiale: leçons inaugurales du Collège de France**. Paris: Collège de France/Fayard, 2013, p. 28.

¹⁰ DELMAS MARTY, Mireille. **Problématique du Colloque international Politique étrangère et diplomatie de la santé mondiale**. Chaire Savoirs contre pauvreté – Géopolitique de la santé mondiale. Paris: Collège de France, jun. 2013.

lho Econômico e Social, como prescreve o Artigo 62.1, promoverá estudos e relatórios a respeito de assuntos internacionais de caráter sanitário, podendo fazer recomendações a respeito de tais assuntos à Assembleia Geral, aos membros das Nações Unidas e às entidades especializadas interessadas. Por fim, o artigo 57.1 prevê a criação de uma entidade especializada no campo sanitário, com amplas responsabilidades internacionais.

Tal entidade toma forma em 1946, com a Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), que entrou em vigor em 7 abril de 1948 e atualmente conta com 194 Estados-Membros, inclusive o Brasil. Mais do que criar uma organização interestatal, porém, esse documento expressa em seu preâmbulo o conceito de saúde até hoje mais citado por políticos, sanitaristas, acadêmicos e juristas do mundo inteiro:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. [...] Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas.¹¹

A sintonia com o artigo 25 da DUDH é patente na primeira frase supracitada, que associa igualmente saúde e bem-estar, de forma larga e inclusiva. Ademais, do ponto de vista dessa norma programática que é parte integrante do direito internacional, a saúde é um direito que deve ser garantido pelos governos nacionais. Tal definição reflete a conjuntura social, econômica, política e cultural da época, sobretudo uma aspiração nascida dos movimentos sociais do pós-guerra, inspirados pelo fim do colonialismo e a ascensão do socialismo.¹²

Logo, o enfoque onusiano da saúde, inspirado na DUDH, reivindica claramente a intersetorialidade do direito à saúde, no sentido de que as demandas nele originadas ultrapassam largamente a alçada do chamado “setor saúde”,¹³ profundamente influenciado pelas políticas públicas adotadas pelos Estados nos demais setores, em especial as políticas econômicas e os regimes políticos. É natural, portanto, que após décadas de florescimento decorrentes da evolução do reconhecimento e da garantia dos direitos

¹¹ Internalizada no Brasil pelo Decreto nº 26.042, de 17 de dezembro de 1948.

¹² SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, abr. 2007.

¹³ “O setor saúde se define como um conjunto de valores, normas, instituições e atores, que desenvolvem atividades de produção, distribuição e consumo de bens e serviços, cujos objetivos principais ou exclusivos são promover a saúde de indivíduos ou grupos de população”, cf. OPS. **Análisis del sector salud: una herramienta para viabilizar la formulación de políticas**. Lineamientos metodológicos. Washington: OPS, 2005, p. 8.

sociais, o setor saúde tenha passado a sofrer os efeitos da globalização econômica, especialmente a partir dos anos 1990.

Cumprindo evidenciar que o já citado preâmbulo da Constituição da OMS aporta diversos elementos adicionais à ação sanitária onusiana. Ele considera a saúde de todos os povos essencial para que se alcance a paz e a segurança; a extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde; os resultados conseguidos pelos Estados na promoção e proteção da saúde devem ser compartilhados, pois o desenvolvimento assimétrico, em particular do combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum; por fim, uma opinião pública esclarecida e uma cooperação ativa das populações é considerada de importância capital.

Nesta breve síntese alusiva aos 70 anos da DUDH, expressei minhas duas principais preocupações atuais em relação ao direito humano à saúde no âmbito internacional. Identifiquei, na primeira parte do texto e em linhas gerais, o papel dos diferentes atores do sistema onusiano na chamada “governança global da saúde”, indicando o modesto sucesso dos chamados *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio*, e abordando a nova *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável* que suscita o debate sobre a *Cobertura Universal em Saúde* (1), um dos mais importantes itens da agenda internacional da saúde contemporânea. A seguir, na segunda parte do artigo, tratarei da securitização da Saúde Global atualmente promovida pela ONU, mencionando especialmente a resposta internacional à epidemia de Ebola na África Ocidental, cujo auge ocorreu no segundo semestre de 2014 (2).

2 Governança global da saúde e direito à saúde

A “governança global da saúde” corresponde aos arranjos institucionais existentes com vistas à condução dos assuntos internacionais e globais na área da saúde, entre eles o da saúde humana e ambiente.¹⁴ A ONU protagoniza a governança global da saúde e, em seu seio, a “autoridade diretora e coordenadora dos trabalhos internacionais no domínio da saúde” é a OMS, conforme o artigo 2º de sua Constituição. Em virtude do artigo primeiro do mesmo documento, o objetivo da OMS é a “aquisição, por todos os povos, do nível de saúde mais elevado que for possível”.

Dotada de vasto poder regulamentar, a OMS é extremamente ativa na elaboração de recomendações, diretrizes e padrões internacionais relacionados à saúde. Embora tenha produzido até o momento apenas uma Convenção e um Regulamento, esses ins-

¹⁴ BUSS, Paulo Marchiori et al. Governança em saúde e ambiente para o desenvolvimento sustentável. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 6, p. 1479-1491, jun. 2012.

trumentos são de relevância ímpar: a *Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco*, de 2003¹⁵, ratificada por 180 Estados; e o *Regulamento Sanitário Internacional (RSI)*, reformulado em 2005¹⁶, que conta 196 Estados Partes.

No que se refere à ação internacional no campo da saúde, porém, a OMS teve reduzido o seu protagonismo diante da concorrência de outros organismos internacionais (em especial do Banco Mundial, que a partir do final dos anos 1980 expandiu sua atuação no campo sanitário, pela via da temática do desenvolvimento, e hoje é o maior financiador externo do setor saúde) e de entidades privadas (como a indústria farmacêutica e as fundações filantrópicas norte-americanas). Assim, as dificuldades de financiamento da OMS cresceram, do mesmo modo que o dissenso acerca de quais devem ser as suas prioridades de atuação.¹⁷

Paralelamente, ao final do século XX, devido especialmente à epidemia de HIV/Aids, a saúde ascendeu à agenda de instâncias como o Conselho de Segurança e a Assembleia Geral da ONU; torna-se “tema das *great power conferences*, e chega às cúpulas dos G7/8/20/77”.¹⁸ Em tais esferas forjam-se parcerias mundiais administradas por instâncias nas quais os representantes do setor privado industrial e organizações filantrópicas possuem grande influência, impondo de fato suas prioridades, o que constitui uma nova governança global da saúde em que organizações especializadas em saúde pública, particularmente a OMS, perdem sua independência devido à necessidade de busca de financiamento.¹⁹ Os programas de saúde global passaram a ser governados por uma rede extremamente complexa de fundações, alianças, mecanismos de coleta de fundos, parcerias público-privadas e dispositivos de coordenação.²⁰

Assim, a expressão Saúde Global converteu-se paulatinamente em uma anarquia de códigos que abarcam interesses muito heterogêneos, acobertados por uma espécie de *ethos* da responsabilidade coletiva diante das crises sanitárias, do qual decorre o uso

15 Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.658/2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm.

16 Embora os Regulamentos da OMS, em virtude do artigo 22 de sua Constituição, dispensem a incorporação nas ordens internas dos Estados Partes, graças à adoção da técnica de *opting out*, a nova versão do RSI foi aprovada no Brasil pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 395/2009, disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-395-9-julho-2009-589324-publicacaooriginal-114307-pl.html>.

17 Ver VENTURA, Deisy; PEREZ, Fernanda. Crise e reforma da organização mundial da saúde. *Lua Nova*, São Paulo, n. 92, p. 45-77, ago. 2014.

18 KICKBUSCH, Ilona; IVANOVA, Margarita. The history and evolution of global health diplomacy. In: KICKBUSCH I. *et al.* (ed.). **Global health diplomacy: concepts, issues, actors, instruments, fora and cases**. New York: Springer, 2013, p. 22.

19 KEROUEDAN, Dominique. **Géopolitique de la santé mondiale: leçons inaugurales du Collège de France**. Paris: Collège de France/Fayard, 2013.

20 BUISSONNIÈRE, Marine. La nouvelle donne de la santé globale: dynamiques et écueils. **Revue internationale de politique de développement**, Genève, n. 3, 2012.

sistemático de *slogans* mobilizadores como “salvar vidas” ou “melhorar o acesso a medicamentos”, que na realidade traduzem objetivos políticos e econômicos substancialmente diversos²¹. Experientes negociadores destacam que

existe uma contradição básica que é a competição entre as várias burocracias internacionais. Cada burocracia acaba vinculando a sua própria sobrevivência e tem de gerar projetos para ela continuar existindo. Então, com isso, o que percebemos é que, embora estejamos eivados de boas intenções, as coisas não se concretizam (digo sempre que se 20% das concepções e das coisas que foram ditas nas conferências da ONU dos anos 90 estivessem sendo aplicadas, o mundo hoje não seria o que é). E se nós estivéssemos trabalhando de uma forma articulada entre os vários doadores, inclusive as agências da ONU, o mundo estaria em outra situação.²²

Apesar de tais dificuldades, o direito humano à saúde é amplamente reconhecido no âmbito internacional. De acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e a Organização Mundial da Saúde, os principais elementos do direito humano à saúde seriam:

- o direito a um sistema de proteção de saúde (melhor estado de saúde possível);
- o direito à prevenção e ao tratamento, além do combate às doenças;
- o acesso a medicamentos essenciais;
- o acesso à saúde materna, infantil e reprodutiva;
- o acesso isonômico e oportuno aos serviços de saúde de base;
- a educação para saúde;
- e a participação social no processo de tomada de decisões no âmbito local e nacional.²³

No que se refere à sua efetividade, porém, segundo o relator especial da ONU sobre o direito à saúde²⁴, o lituano Dainius Pūras, os cuidados primários e a “concepção moderna

²¹ BIEHL, João; PETRYNA, Adriana. *Critical Global Health*. In: _____. (coord.) **When People Come First**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 2-20.

²² BUSS, Paulo. Entrevista. **Trab. educ. saúde**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 183-190, jun. 2009.

²³ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS/OMS. **The Right to Health**. Genebra: ACNUDH; Nova Iorque: OMS. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>.

²⁴ O nome completo é **Relatoria especial sobre o direito de todos de desfrutar de um padrão de saúde física e mental o mais elevado possível**. Criada originalmente pela Comissão de Direitos Humanos da ONU em abril de 2002 e mantida pelo Conselho de Direitos Humanos em 2006 (Resoluções 6/29, 15/22 et 24/6), seus objetivos são promover e encorajar a promoção do direito à saúde como direito fundamental da pessoa, precisar os contornos e o conteúdo do direito à saúde e identificar as boas práticas para implementação do direito à saúde nos planos local, nacional e internacional.

de saúde pública” expressa pelo preâmbulo da OMS e outros documentos internacionais estão perdendo a batalha de distribuição de recursos humanos e financeiros. Os vencedores seriam os programas verticais de tratamento de doenças que recorrem aos cuidados especializados, desequilibrando as correlações de força em favor dos poderosos grupos que representam interesses privados no setor da saúde. Assim, entre outras numerosas disfunções, o relator constatou cenários nos quais o setor público oferece cuidados especializados custosos que não beneficiam os hipossuficientes, ou o fazem de forma muito distante do que a deontologia médica e uma economia da saúde eficiente poderiam garantir.²⁵

Nesse ponto emerge uma das muitas contradições entre as atuações das diferentes agências da ONU. A iniquidade no acesso aos insumos de saúde (medicamentos, produtos diagnósticos, equipamentos etc.) deve-se em grande parte ao sistema vigente de propriedade intelectual e às políticas comerciais nocivas praticadas pelos países mais desenvolvidos, com pleno respaldo de organismos como a Organização Mundial do Comércio e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual.²⁶

Por outro lado, no campo da cooperação para o desenvolvimento, a ONU deu origem a um movimento que influenciou sobremaneira o setor da saúde no plano internacional. Em 2000, na chamada *Cúpula do Milênio*, a ONU e seus Estados-Membros definiram oito metas que ficaram conhecidas como *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio* (ODM). Três delas concernem diretamente à saúde: reduzir a mortalidade infantil (reduzir em dois terços, até 2015, a mortalidade de crianças menores de 5 anos); melhorar a saúde das gestantes (reduzir em três quartos, até 2015, a taxa de mortalidade materna; deter o crescimento da mortalidade por câncer de mama e de colo de útero); e combater a Aids, a malária e outras doenças (até 2015, ter detido a propagação do HIV/Aids e garantido o acesso universal ao tratamento; deter a incidência da malária, da tuberculose e eliminar a hanseníase). Outros objetivos concernem indiretamente à saúde, tais como a redução da extrema pobreza e da fome, o acesso a medicamentos essenciais, além da redução pela metade, até 2015, da proporção da população sem acesso a água potável e saneamento básico.

Apesar de seus reducionismos e limitações, as possibilidades política, ideológica e social suscitadas por esse movimento da ONU contribuíram para a tomada de consciência, no plano global, da necessidade de redução das profundas desigualdades mundiais, ao menos no que atine à agenda básica consubstanciada nestes oito objetivos.²⁷ Assim,

²⁵ GENERAL ASSEMBLY. **A/HRC/29/33** – Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. [S. I.]: United Nations, 2 abr. 2015, p. 8.

²⁶ BUSS *et al.* Governança em saúde e ambiente para o desenvolvimento sustentável. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 6, p. 1479-1491, jun. 2012.

²⁷ BUSS, Paulo. Entrevista. **Trab. educ. saúde**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p.183-190, jun. 2009.

incontáveis instituições internacionais e ONGs reorientaram seus objetivos a partir das metas propugnadas pela ONU.

No entanto, segundo a OMS, ainda estamos longe de tê-las atingido. Em 2015, ao avaliar o desempenho de 194 Estados,²⁸ a organização concluiu que, embora se fosse constatado um progresso notável, não foram atingidos diversos objetivos, como o de reduzir de um terço a mortalidade infantil, persistindo como as suas principais causas complicações decorrentes de partos prematuros, pneumonia, asfixia quando do nascimento e diarreia; tampouco foi possível alcançar a meta de redução da mortalidade materna. Outro exemplo de um sucesso relativo é o da meta de melhorar o acesso a água potável e saneamento básico, atingido no plano mundial em 2010, mas ainda muito distante para os escritórios regionais da OMS na África e no Mediterrâneo oriental, especialmente para as populações que vivem em zonas rurais.

Uma crítica mais profunda à atuação da ONU, em particular aos ODMs relativos à saúde, diz respeito à escolha de doenças transmissíveis específicas (em especial HIV/Aids, tuberculose e malária) e a dois grupos particulares de pessoas (mulheres e crianças), que diferentemente de outros ODMs não beneficiam o conjunto dos seres humanos, fazendo com que as prioridades de saúde locais possam ter sido negligenciadas, em numerosos locais, em favor das prioridades dos doadores.²⁹ Bruno Dujardin e Dominique Kerouedan identificam quatro dos principais fatores que explicam o que eles chamam de “fracasso da ONU em matéria de saúde”:

- a erosão paulatina da ética profissional e da moral individual dos diferentes atores, como consequência social e cultural dos ajustamentos estruturais impostos pelo Banco Mundial nos anos 1980, da perda de poder regulador dos Estados, da descentralização precipitada dos sistemas de saúde, além das políticas neoliberais que privilegiaram o setor privado gerando o seu crescimento anárquico;
- o menosprezo da opinião dos atores que efetivamente trabalham em campo na definição de prioridades, políticas e programas internacionais de saúde;
- a duração dos programas internacionais, encurtados para atender a metas quantitativas administrativas e financeiras cujo objetivo é a visibilidade e a propaganda, o que resulta em ações de apenas 2 ou 3 anos, períodos insuficientes para melhorar efetivamente a qualidade de tratamentos de saúde, responsabilizar os atores e obter resultados que de fato tenham significado;

²⁸ OMS. **World health statistics 2015**. Genebra: OMS, 2015. (Parte I, Health-related Millennium Development Goals, p. 11-38).

²⁹ DUJARDIN, Bruno; KEROUEDAN, Dominique. Pourquoi les Nations Unies échouent en matière de santé. **Visioncarto**, 27 nov. 2014.

- e, enfim, os salários dos profissionais de saúde, que em geral são extremamente desvalorizados, em alguns Estados tendo sido reduzidos à metade.³⁰

No processo de definição da *Agenda do Desenvolvimento pós-2015* e dos *Objetivos do Desenvolvimento Sustentável* (ODS) a saúde continuou sendo objeto de intensa negociação. Em setembro de 2015, a *Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável* resultou na adoção, pela ONU e pelos seus Estados-Membros, da “Agenda 2030”, que consagra à saúde o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 3, que consiste em “Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades”.³¹

Durante o complexo processo de negociação do texto adotado, destacou-se a posição da OMS em defesa da *Cobertura Universal em Saúde* (na sigla em inglês, UHC), que foi consagrada como a meta 3.8 da nova Agenda. À época de sua negociação, essa meta foi criticada por negociadores brasileiros que a consideravam demasiado genérica: “Atingir a cobertura universal de saúde, incluindo a proteção do risco financeiro, o acesso a serviços de saúde essenciais de qualidade e o acesso a medicamentos e vacinas essenciais seguros, eficazes, de qualidade e a preços acessíveis para todos”.

Os representantes do Brasil naquela ocasião preferiam a seguinte redação: “Alcançar a Cobertura Universal de Saúde por meio de sistemas de saúde baseados no direito

30 *Ibid.*

31 Este ODS traduz-se em 18 metas: “3.1 Até 2030, reduzir a taxa de mortalidade materna global para menos de 70 mortes por 100.000 nascidos vivos; 3.2 Até 2030, acabar com as mortes evitáveis de recém-nascidos e crianças menores de 5 anos, com todos os países objetivando reduzir a mortalidade neonatal para pelo menos 12 por 1.000 nascidos vivos e a mortalidade de crianças menores de 5 anos para pelo menos 25 por 1.000 nascidos vivos; 3.3 Até 2030, acabar com as epidemias de Aids, tuberculose, malária e doenças tropicais negligenciadas, e combater a hepatite, doenças transmitidas pela água, e outras doenças transmissíveis; 3.4 Até 2030, reduzir em um terço a mortalidade prematura por doenças não transmissíveis via prevenção e tratamento, e promover a saúde mental e o bem-estar; 3.5 Reforçar a prevenção e o tratamento do abuso de substâncias, incluindo o abuso de drogas entorpecentes e uso nocivo do álcool; 3.6 Até 2020, reduzir pela metade as mortes e os ferimentos globais por acidentes em estradas; 3.7 Até 2030, assegurar o acesso universal aos serviços de saúde sexual e reprodutiva, incluindo o planejamento familiar, informação e educação, bem como a integração da saúde reprodutiva em estratégias e programas nacionais; 3.8 *Atingir a cobertura universal de saúde, incluindo a proteção do risco financeiro, o acesso a serviços de saúde essenciais de qualidade e o acesso a medicamentos e vacinas essenciais seguros, eficazes, de qualidade e a preços acessíveis para todos*; 3.9 Até 2030, reduzir substancialmente o número de mortes e doenças por produtos químicos perigosos, contaminação e poluição do ar e água do solo; 3.a Fortalecer a implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco em todos os países, conforme apropriado (sic); 3.b Apoiar a pesquisa e o desenvolvimento de vacinas e medicamentos para as doenças transmissíveis e não transmissíveis, que afetam principalmente os países em desenvolvimento, proporcionar o acesso a medicamentos e vacinas essenciais a preços acessíveis, de acordo com a Declaração de Doha, que afirma o direito dos países em desenvolvimento de utilizarem plenamente as disposições do acordo TRIPS sobre flexibilidades para proteger a saúde pública e, em particular, proporcionar o acesso a medicamentos para todos; 3.c Aumentar substancialmente o financiamento da saúde e o recrutamento, desenvolvimento e formação, e retenção do pessoal de saúde nos países em desenvolvimento, especialmente nos países menos desenvolvidos e nos pequenos Estados insulares em desenvolvimento; 3.d Reforçar a capacidade de todos os países, particularmente os países em desenvolvimento, para o alerta precoce, redução de riscos e gerenciamento de riscos nacionais e globais de saúde”, traduzido do inglês pelo Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil (UNIC Rio). Disponível em: <http://nacoesunidas.org/pos2015/ods3/> (grifo nosso).

à saúde, e que sejam universais, equitativos, integrais e de qualidade”.³²No entanto, o direito à saúde acabou por não aparecer na versão final dessa diretriz fundamental da cooperação internacional.

Com efeito, no campo da saúde global, a transformação semântica do *direito à saúde em cobertura universal* que encontrou seu apogeu na configuração da já referida meta, na verdade teve início em 2005, por meio de uma resolução da OMS cujo texto associa claramente a ideia de cobertura à proteção do risco financeiro à busca de meios alternativos de financiamento de saúde.³³ Ocorre que a cobertura contributiva a um seguro social ou privado nem sempre garantirá o acesso e a fruição do direito à saúde, eis que há uma segmentação da oferta de acordo com as classes sociais e o tipo de proteção oferecido pelas diferentes modalidades de seguros públicos ou privados, gerando segmentação tanto na “cesta de oferta” como na qualidade.³⁴

Segundo a OMS e o Banco Mundial, a UHC compreenderia hoje dois componentes: uma oferta completa de serviços de saúde essenciais, de boa qualidade e adaptados às necessidades nacionais; e uma cobertura do risco financeiro, inclusive o empobrecimento potencial, vinculado aos pagamentos diretos de serviços de saúde.³⁵ Fica evidente, portanto, a influência sobre esse conceito das mudanças promovidas no sistema de saúde norte-americano pelo governo de Barack Obama.³⁶

Assim, financiadores públicos e privados, além de alguns governos nacionais, promovem regimes de seguros ou “planos de saúde” que beneficiam sobretudo o setor privado,³⁷ privilegiando também as pessoas com vínculos formais de trabalho, em detrimento de grandes contingentes de trabalhadores “informais” ou que não dispõem de condições de pagar um seguro eficiente.

32 BUSS, Paulo *et al.* Saúde na Agenda de Desenvolvimento pós-2015 das Nações Unidas. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 30, n. 12, p. 2555-2570, 2014. A justificativa desta proposta pode ser sintetizada da seguinte forma: “Universal não significa necessariamente ‘equidade’, ‘qualidade’ ou ‘integralidade’, atributos fundamentais da ‘saúde como direito’, mas tão somente asseguramento para algum tipo de atenção, em geral ‘pacotes mínimos de serviços clínicos em atenção primária’, como dão a entender documentos que circulam veiculando o conceito. Cobertura não implica em acesso e utilização de serviços ou resposta às necessidades em saúde mas, em geral, apenas estar registrado em ‘alguma organização’ que lhe garanta ‘algum tipo de atenção’. Por outro lado, saúde pode simplesmente estar se referindo a atenção médica aos enfermos, sem compromissos com a integralidade, isto é o continuum de cuidados, incluindo o enfrentamento dos determinantes sociais da saúde. Por fim, sem equidade, corre-se o risco que os próprios sistemas de saúde sejam geradores de inequidades, pelas desigualdades no acesso e utilização. Portanto, ainda que se considerasse ‘saúde’ como a ‘resposta setorial’ adequada, certamente seria preciso ir além de ‘UHC’ e, então, propor ‘sistemas de saúde baseados no direito à saúde e que sejam universais, equitativos, integrais e de qualidade”.

33 NORONHA, José Carvalho de. Cobertura universal de saúde: como misturar conceitos, confundir objetivos, abandonar princípios. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 29, n. 5, p. 847-849, 2013.

34 *Ibid.*

35 OMS. BANCO MUNDIAL. **La couverture universelle en santé: suivi des progrès à l'échelon national et mondial – Cadre, mesures et objectifs**. Genebra, May, 2014.

36 Ver, por ex., COSTA, Júlio Pinto da. A reforma Obama e o sistema de saúde dos EUA. **Arq Med. Porto**, v. 27, n. 4, ago. 2013.

37 OXFAM. **Couverture santé universelle, Pourquoi les personnes en situation de pauvreté sont les laissés-pour-compte des régimes d'assurance maladie. Document d'Information OXFAM**, n. 176, out. 2013.

Esse processo coincide com o avanço mundial das políticas de austeridade fiscal. A austeridade pode ser definida como um “tratamento” que visa mitigar os sintomas das crises econômicas, especialmente *deficits* orçamentários, a fim de curar recessões por meio da redução dos orçamentos governamentais para a proteção social, inclusive no campo da saúde pública.³⁸ David Stuckler e Sanjay Basu sistematizaram numerosos estudos, publicados em periódicos de excelência internacional, que comprovam o efeito positivo dos programas de saúde pública sobre o crescimento econômico dos Estados que os adotam, enquanto a redução do investimento em programas sociais em períodos de recessão resulta em piora tanto da economia como dos indicadores de saúde.

Logo, segundo os mesmos autores, o discurso da austeridade é essencialmente um discurso ideológico. Ele dá vazão à convicção de que um governo limitado e um mercado livre são sempre preferíveis à intervenção estatal, ou seja, a um mito socialmente construído, que se afigura ademais como uma crença conveniente entre políticos instrumentalizados por quem auferir lucro com a privatização dos serviços públicos. Por conseguinte, os defensores da austeridade ignoram as provas dos efeitos de suas recomendações em termos de saúde e de economia, mesmo quando essas provas provêm de seus próprios dados. É o caso dos estudos feitos pelos citados autores com dados do Banco Mundial ou do Fundo Monetário Internacional, grandes difusores internacionais deste tipo de ideologia.³⁹

A combinação entre a profusão de parcerias público-privadas e a difusão do discurso da austeridade, reduzindo de modo crescente o investimento público em saúde, constitui o terreno ideal para a predominância do enfoque da saúde pública como um grande mercado. A privatização de serviços facilita a sua internacionalização, viabilizando a penetração de empresas estrangeiras em mercados nacionais. Para determinadas empresas, sistemas eficientes de promoção de saúde e prevenção de doenças, por exemplo, não constituem um bom negócio. Nesse contexto, é preciso avaliar de forma crítica a ênfase de Estados desenvolvidos e de organizações internacionais na agenda da Cobertura Universal da Saúde.⁴⁰

Na seara internacional, outro tema relevante em que os riscos aos direitos humanos parece evidente é a securitização da Saúde Global, da qual tratarei a seguir.

38 STUCKLER, D; BASU, S. **A economia desumana**: porque mata a austeridade. Lisboa: Editorial Bizâncio, 2014.

39 *Ibid.*

40 Em relatório recente sobre as dificuldades de implementação do ODS Saúde, o já citado relator especial da ONU sobre o direito à saúde identifica quatro prioridades que a comunidade internacional deveria adotar diante dos principais obstáculos à sua efetivação: a promoção da igualdade e da não discriminação, adoção de mecanismos de *accountability*, a promoção da cobertura universal de saúde e o combate à violência, cf. A/71/304 – Right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. New York: United Nations, 5 aug. 2016, p. 12-23.

3 Securitização da Saúde Global e riscos para os direitos humanos

Criticada por ter declarado uma pandemia que supostamente não existiu,⁴¹ diante da epidemia de Ebola que assolou a África Ocidental, em 2014, a OMS foi acusada por numerosos atores de não ter reconhecido a tempo a dimensão da crise.⁴² Assim, a partir de setembro de 2014, a lógica da saúde pública que predomina na atuação da OMS foi paulatinamente substituída pela lógica da segurança internacional que prevalece no Conselho de Segurança da ONU, e guiou igualmente os passos do secretário-geral da ONU, Ban Ki-Moon, na resposta internacional à crise do Ebola. Por meio da Resolução 2.177, de 18 de setembro de 2014, apresentada conjuntamente por 134 Estados-membros da ONU, o Conselho de Segurança considerou que a epidemia de Ebola na África Ocidental constituía uma ameaça para a paz e a segurança internacionais.

A seguir, o secretário-geral anunciou a criação de uma “missão sanitária de urgência das Nações Unidas”, a *Missão das Nações Unidas para a luta contra o Ebola* (Minauce), que combinaria a perspectiva estratégica da OMS com sólidos meios logísticos e operacionais, dotada de cinco prioridades: frear a epidemia, tratar as pessoas infectadas, assegurar os serviços essenciais, preservar a estabilidade e prevenir novos surtos.⁴³ No dia seguinte, 19 de setembro de 2014, a Assembleia Geral da ONU adotou por unanimidade a Resolução 69/1 que felicita o secretário-geral pela iniciativa de criar a Minauce.

Não se trata da primeira resolução do Conselho de Segurança sobre saúde, eis que a epidemia de HIV/Aids, por exemplo, já havia sido objeto de decisões por ele tomadas anteriormente, do mesmo modo que a Assembleia Geral, mas jamais a ONU o fez nesses termos. A Minauce é uma inovação na história da ONU: não se trata nem de uma operação de manutenção da paz, nem de uma missão política.⁴⁴ Promovendo uma estratégia de contenção da doença, a Minauce implantou ou sustenta centros de tratamento que deixarão de existir quando eles não forem mais necessários. Ocorreu ainda a militarização da resposta, empregada provavelmente como garantia do isolamento dos pacientes, com o envio de tropas, especialmente norte-americanas, à região.

Diversas outras iniciativas foram tomadas no âmbito das Nações Unidas a fim de demonstrar o engajamento da organização na resposta à crise do Ebola. De forma não

41 Em abril de 2009, a OMS declarou que a gripe A(H1N1) constituía uma *Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional*, nos termos do RSI, e em junho do mesmo ano declarou que se tratava de uma Pandemia. ver VENTURA, Deisy. **Direito e Saúde Global** – o caso da pandemia de gripe A(H1N1). São Paulo: Dobra/Expressão Popular, 2013.

42 Ver, por ex., o chamado *Stocking Report* – OMS. WHO. Report of the Ebola Interim Assessment Panel. July 2015. Disponível em: <http://www.who.int/csr/resources/publications/ebola/report-by-panel.pdf>.

43 ONU. Ebola: l'ONU annonce une mission sanitaire d'urgence des Nations Unies. **Centre d'actualités de l'ONU**, 18 Sept. 2014.

44 BURCI, Gian Luca; QUIRIN, Jakob. Ebola – WHO and the United Nations: Convergence of Global Public Health and International Peace and Security. **American Society of International Law Insights**, v. 18, n. 25, 2014.

exaustiva, cito: a designação de um enviado especial pelo secretário-geral encarregado do Ebola, que deveria responder pela articulação política da resposta internacional, o britânico David Nabarro; a nomeação de representantes especiais do secretário-geral e mais adiante também chefes da Minauce, quais sejam o norte-americano Anthony Banbury (de 8 de setembro de 2014 a 3 de janeiro de 2015), o mauritaniano Ismail Ould Cheikh Ahmed (de 4 de janeiro a 24 de abril de 2015) e o holandês Peter Graaff desde então; a criação da *Coalizão Mundial de Ação contra o Ebola* (Gerc), composta por representantes dos países mais afetados, doadores bilaterais e multilaterais, além de ONGs, alguns fundos e agências da ONU, que deveria fornecer a coordenação da resposta à epidemia, especialmente seu financiamento;⁴⁵ a convocação de uma conferência internacional sobre a reconstrução dos países mais atingidos (*International Ebola Recovery Conference*), ocorrida em 9 e 10 julho de 2015, em Nova Iorque, em que os presidentes da Guiné, da Libéria e de Serra Leoa, sob os auspícios da ONU, buscaram captar ajuda internacional para seus respectivos Estados;⁴⁶ e a criação, em abril de 2015, pelo secretário-geral, de um Grupo de Alto Nível sobre a resposta global às crises sanitárias (*High-level Panel on the Global Response to Health Crises*), coordenado pelo presidente da Tanzânia, Jakaya Mrisho Kikwete, tendo como membro o ex-ministro de Relações Exteriores do Brasil, Celso Amorim, a fim de fazer recomendações aos Estados e ao sistema internacional para prevenir e administrar futuras crises sanitárias com base nas “lições do Ebola”.⁴⁷

Todos esses esforços não foram capazes de evitar as dificuldades persistentes de financiamento da ação internacional. Embora a propagação internacional da epidemia tenha sido contida – o que parece ter sido o objeto principal do deslocamento da coordenação da resposta internacional da OMS, no quadro do RSI, em direção ao Conselho de Segurança, no quadro das mais altas instâncias da ONU – a situação nos Estados mais atingidos suscita preocupações, especialmente no que se refere à prevenção e resposta a novos surtos da doença e inclusive de outros tipos de doença. Numa carta de 25 de abril de 2015 à Assembleia Geral da ONU, o secretário-geral indica: “atualmente, enquanto o montante necessário para enfrentar a epidemia é estimado em 1,5 bilhão de dólares americanos, registra-se o *deficit* de financiamento de cerca de 850 milhões, dos quais 400 devem ser fornecidos com urgência”⁴⁸.

45 Ver o sítio oficial da coalizão, disponível em: <https://ebolaresponse.un.org/global-ebola-response-coalition>.

46 Guiné; Libéria; Serra Leoa; Mano River Union. **MRU Advocacy Document**. Presented at the International Conference on Ebola Recover, New York, 9-10 July 2015.

47 ONU. **Secretary-General Appoints High-Level Panel on Global Response to Health Crises**. Disponível em: <http://www.un.org/press/en/2015/sga1558.doc.htm>.

48 ONU. Assembleia Geral. **A/69/871**: Letter dated 16 April 2015 from the Secretary-General addressed to the President of the General Assembly. Disponível em: <http://undocs.org/A/69/871>.

Gilberto de Carvalho Oliveira descreve com maestria o processo pelo qual os Estados Unidos tornam-se “o ator de securitização que tem liderado a construção do problema do Ebola como uma questão de segurança internacional”, do qual decorre que

a necessidade de controlar a epidemia deixa de ser uma questão estritamente relacionada ao campo da saúde, a ser gerida tecnicamente por médicos e técnicos da saúde e a ser superada pela implementação de medidas sanitárias e investimentos em infraestruturas que transformem as condições sociais que favorecem o surgimento e a propagação da doença, e passa a ser vista, sobretudo, como uma ameaça à estabilidade internacional⁴⁹.

A disseminação do pânico desempenha um papel crucial para que a securitização seja um processo exitoso, o que ficou particularmente evidenciado no caso do Ebola.⁵⁰ Tenho estudado o impacto dessa crise sobre os direitos humanos, tanto no território dos países mais afetados como fora deles, em especial a adoção de medidas de exceção ou de urgência.

Menciono aqui rapidamente apenas quatro exemplos que permitem entrever a riqueza da tipologia das violações: as leis ditas *anti-Ebola* adotadas pelo Parlamento de Serra Leoa, que criminalizaram, entre outras condutas, a omissão em informar às autoridades a existência de parentes ou vizinhos doentes, ou qualquer caso suspeito; a sentença judicial que manteve a determinação feita pelo governo estadual a uma enfermeira norte-americana, que havia trabalhado na África Ocidental, quando de seu repatriamento no estado do Maine, a guardar distância de um metro das outras pessoas; a eutanásia determinada pelas autoridades espanholas do animal de estimação, em perfeita saúde, de uma enfermeira contaminada, que gerou intensas manifestações populares; e a divulgação da foto e do nome de um caso suspeito de Ebola no Brasil, não confirmado, sendo o paciente um solicitante de refúgio, cuja identidade deveria ser protegida pela confidencialidade, tanto com base na legislação de vigilância epidemiológica como na lei brasileira de refúgio.⁵¹

Grande parte da literatura acadêmica sobre a crise do Ebola possui nítido caráter normativo, sugerindo aos Estados que a solução para os riscos que as doenças infec-

49 OLIVEIRA, Gilberto Carvalho de. A crise do ebola e a gramática dos problemas de segurança. Entrevista concedida a Patricia Fachin. IHU [Instituto Humanitas Unisinos] On-Line, 28 out. 2014. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/536774-a-crise-do-ebola-e-a-gramatica-dos-problemas-desequilancia-entrevista-especial-com-gilberto-carvalho-de-oliveira>.

50 GONSALVES, Gregg; STALEY, Peter. Panic, Paranoia and Public Health – The AIDS Epidemic's Lessons for Ebola. *N Engl J Med*, n. 371, p. 2348-2349, dez. 2014.

51 Ver VENTURA, Deisy; HOLZHACKER, Vivian. Saúde Global e Direitos Humanos: o primeiro caso suspeito de Ebola no Brasil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 98, p. 107-140, ago. 2016.

ciosas representam é o fortalecimento dos sistemas de vigilância. Todavia, a vigilância, embora deva de fato ser fortalecida, ainda que fosse absoluta, não evitaria o risco de propagação internacional das doenças. Ademais, a resposta pontual às crises sanitárias por meio de missões da ONU jamais estaria à altura desse desafio pois uma vasta literatura científica, baseada em experiências reais, demonstra a complexidade da origem das epidemias. Com efeito, as mudanças de equilíbrio entre o homem e a fauna selvagem, as modificações dos ecossistemas e o aumento das trocas entre zonas rurais e urbanas, assim como as trocas internacionais, são fatores que contribuem à emergência de novas doenças.⁵²

Por outro lado, observando os novos fundos de financiamento para prevenção da propagação internacional de epidemias, há quem sustente que o Banco Mundial está criando um novo mercado, sobretudo no setor privado das finanças, baseado nos riscos pandêmicos.⁵³ Além disso, a agenda da segurança da saúde global apresenta-se claramente como um instrumento da política externa dos países desenvolvidos, cuja eficiência potencialmente se amplia na medida em que os termos do debate político se modificam quando se apresenta um problema de saúde como uma ameaça à segurança de um Estado ou de uma população.⁵⁴

Uma estratégia eficiente para prevenir e combater a propagação internacional das doenças compreenderia quatro dimensões: a mudança profunda da regulação da produção de alimentos e de medicamentos, capaz de submeter as respectivas indústrias aos imperativos do fortalecimento do direito à saúde e das políticas de saúde pública; a restrição quase absoluta da fabricação e da comercialização de armas que viabilizam os conflitos armados em curso, responsáveis por grande parte das crises sanitárias de grande amplitude, mas também da desolação do Estado de Direito em diversas regiões do mundo e, via de consequência, dos sistemas de saúde dos países mais pobres; a ação internacional prioritária em relação à atenção primária à saúde e aos seus determinantes sociais, especialmente saneamento básico, alimentação, moradia e educação; o investimento das instituições financeiras internacionais nos sistemas nacionais de saúde, com massivos recursos para prevenção e atenção básica à saúde, em infraestruturas sanitárias e no recrutamento de profissionais de saúde bem formados, de carreira estável e bem remunerada; além de uma nova relação entre o homem e a natureza.

52 GUEGAN, Jean-François; RENAUD, François. Vers une écologie de la santé – Chapitre V. In: BARBAULT, Robert; CHEVASSUS-AU-LOUIS, Bernard (dir.). **Biodiversité et changements globaux** - Enjeux de société et défis pour la recherche, Paris: ADPF, 2005.

53 STEIN, Felix; Sridhar, Devi. Health as a “global public good”: creating a market for pandemic risk. **BMJ**, n. 358, 2017.

54 HORTON, Richard. Global health security – smart strategy or naive tactics? **The Lancet**, v. 389, Issue 10072, p. 892, 2017. DOI:10.1016/S0140-6736(17)30637-2.

4 Considerações finais

Ao longo dos seus cerca de setenta anos, as posições e ações do sistema onusiano não são lineares. O balanço dos efeitos contraditórios que decorrem da atuação das diferentes agências da ONU tem sido negativo para saúde tanto das populações ricas, doentes pela abundância (por exemplo, as doenças crônicas não transmissíveis como hipertensão e diabetes, a obesidade e a medicalização da vida), como das populações hipossuficientes cujo direito à saúde ou não foi reconhecido ou não é garantido de forma satisfatória. Pobres, remediados ou ricos, todos padecemos, em alguma medida e de formas diversas, das enfermidades vinculadas à forma de vida que a sociedade de consumo nos impõe – por exemplo, a depressão, que atualmente é a maior causa de incapacidade no trabalho e atinge cerca de trezentos milhões de pessoas no mundo; ou os suicídios, estimados pela OMS em 800 mil por ano, constituindo a segunda maior causa de morte na faixa etária entre 15 e 29 anos.⁵⁵

Estas poucas páginas certamente não foram suficientes para demonstrar toda a complexidade dessa temática. Mas espero que não deixem dúvida sobre o quanto o desgaste da linguagem dos direitos humanos e o crescente enfraquecimento das organizações vinculadas às Nações Unidas, e em especial da OMS, tornam o nosso mundo ainda mais doente. Daí a importância do resgate incansável do espírito e dos termos da DUDH, que sustentam a existência de um direito à saúde capaz de conduzir o ser humano além da mera expectativa de sobrevivência, e remete à retomada urgente dos tão necessários projetos coletivos de existência humana.

Referências

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS/OMS. **The Right to Health**. Genebra: ACNUDH; Nova Iorque: OMS. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>.

BIEHL, João; PETRYNA, Adriana. Critical Global Health. In: _____ (coord.) **When People Come First**. Princeton: Princeton University Press, 2013. p. 2-20.

BUISSONIÈRE, Marine. La nouvelle donne de la santé globale: dynamiques et écueils. **Revue internationale de politique de développement**, Genève, n. 3, 2012.

BURCI, Gian Luca; QUIRIN, Jakob. Ebola – WHO and the United Nations: Convergence of Global Public Health and International Peace and Security. **American Society of International Law Insights**, v. 18, n. 25, 2014.

BUSS, Paulo. Entrevista. **Trab. educ. saúde**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p.183-190, jun. 2009.

BUSS, Paulo *et al.* Governança em saúde e ambiente para o desenvolvimento sustentável. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 6, p. 1479-1491, jun. 2012.

⁵⁵ Ver OMS. **Depression**. Genebra, 22 March. 2018. Disponível em: <http://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/depression>.

_____. Saúde na Agenda de Desenvolvimento pós-2015 das Nações Unidas. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 12, p. 2555-2570, dez. 2014.

COSTA, Júlio Pinto da. A reforma Obama e o sistema de saúde dos EUA. **Arq Med, Porto**, v. 27, n. 4, ago. 2013.

DELMAS_MARTY, Mireille. **Problématique du Colloque international Politique étrangère et diplomatie de la santé mondiale**. Chaire Savoirs contre pauvreté – Géopolitique de la santé mondiale. Paris: Collège de France, juin 2013.

DUJARDIN, Bruno; KEROUEDAN, Dominique. Pourquoi les Nations Unies échouent en matière de santé. **Visionscarto**, 27 nov. 2014.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do welfare state. **Lua Nova**, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991.

FIORI, José Luis. Estado de bem-estar social: padrões e crises. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 7, n. 2, p.129-147, 1997.

FOUCAULT, M. Crise de la médecine ou crise de l'antimédecine? *In*: _____. **Dits et écrits** – Tomo III. Paris: Gallimard, 2001 [1974], p. 40-58.

GENERAL ASSEMBLY. **A/HRC/29/33** – Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. [S. l.]: United Nations, 2 Apr. 2015, p. 8.

GONSALVES, Gregg; STALEY, Peter. Panic, Paranoia and Public Health - The AIDS Epidemic's Lessons for Ebola. **N Engl J Med**, n. 371, p. 2348-2349, Dec. 2014.

GUEGAN, Jean-François; RENAUD, François. Vers une écologie de la santé – Chapitre V. *In*: BARBAULT, Robert; CHEVASSUS-AU-LOUIS, Bernard (dir.). **Biodiversité et changements globaux**: enjeux de société et défis pour la recherche. Paris: ADPF, 2005.

GUINÉ; LIBÉRIA; SERRA LEQA; MANO RIVER UNION. MRU ADVOCACY DOCUMENT. Presented at the International Conference on Ebola Recover, New York, 9-10 July 2015.

HORTON, Richard. Global health security: smart strategy or naive tactics? **The Lancet**, v. 389, Issue 10072, p. 892, 2017. DOI: 10.1016/S0140-6736(17)30637-2.

KEROUEDAN, Dominique. **Géopolitique de la santé mondiale**: leçons inaugurales du Collège de France. Paris: Collège de France/Fayard, 2013.

KICKBUSCH, Ilona; IVANOVA, Margarita. The history and evolution of global health diplomacy. *In*: KICKBUSCH, I. *et al.* (ed.). **Global health diplomacy**: concepts, issues, actors, instruments, fora and cases. New York: Springer, 2013. p. 22.

LLANOS REYES, Claudio. Seguridad social, empleo y propiedad privada en William Beveridge. **Hist. Crit.**, Bogotá, n. 51, p. 223-246, sept. 2013.

NORONHA, José Carvalho de. Cobertura universal de saúde: como misturar conceitos, confundir objetivos, abandonar princípios. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 29, n. 5, p. 847-849, 2013.

OLIVEIRA, Gilberto Carvalho de. A crise do ebola e a gramática dos problemas de segurança. Entrevista concedida a Patricia Fachin. **IHU [Instituto Humanitas Unisinos] On-Line**, 28 out. 2014. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/536774-a-crise-do-ebola-e-a-gramatica-dos-problemas-deseguranca-entrevista-especial-com-gilberto-carvalho-de-oliveira>.

OMS; BANCO MUNDIAL. **La Couverture Universelle en Santé**: suivi des progrès à l'échelon national et mondial – Cadre, mesures et objectifs. Genebra, May 2014.

OMS. **World health statistics 2015**. Genebra: OMS, 2015. (Parte I, Health-related Millennium Development Goals, p. 11-38).

_____. **Depression**. Genebra: OMS, 22 March 2018. Disponível em: <http://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/depression>.

ONU. Ebola: l'ONU annonce une mission sanitaire d'urgence des Nations Unies. **Centre d'actualités de l'ONU**, 18 Sept. 2014.

_____. **Secretary-General Appoints High-Level Panel on Global Response to Health Crises**. Disponível em: <http://www.un.org/press/en/2015/sga1558.doc.htm>.

_____. Assembleia Geral. **A/69/871**: Letter dated 16 April 2015 from the Secretary-General addressed to the President of the General Assembly. Disponível em: <http://undocs.org/A/69/871>.

OPS. **Análisis del sector salud**: una herramienta para viabilizar la formulación de políticas. Lineamientos metodológicos. Washington: OPS, 2005, p. 8.

OXFAM. Couverture santé universelle, Pourquoi les personnes en situation de pauvreté sont les laissés-pour-compte des régimes d'assurance maladie. **Document d'Information OXFAM**, n. 176, out. 2013.

RODRIGUES, Anna Maria de Lucena (coord.). **Direitos Humanos**: atos internacionais e normas correlatas. 4. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013, p. 23.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, abr. 2007.

STEIN, Felix; Sridhar, Devi. Health as a "global public good": creating a market for pandemic risk. **BMJ**, n. 358, 2017.

STUCKLER, D.; BASU, S. **A economia desumana**: porque mata a austeridade. Lisboa: Editorial Bizâncio, 2014.

Tourme-Jouannet, Emmanuelle. A short introduction to International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

VENTURA, Deisy. **Direito e Saúde Global** – o caso da pandemia de gripe A(H1N1). São Paulo: Dobra/Expressão Popular, 2013.

VENTURA, Deisy; PEREZ, Fernanda. Crise e reforma da organização mundial da saúde. **Lua Nova**, São Paulo, n. 92, p. 45-77, ago. 2014.

WHO. **Report of the Ebola Interim Assessment Panel**. July 2015. Disponível em: <http://www.who.int/csr/resources/publications/ebola/report-by-panel.pdf>.

5 DIRETRIZES PARA UMA
AGENDA INTERAMERICANA
SOBRE EMPRESAS E DIREITOS
HUMANOS: DIÁLOGO ENTRE
OS SISTEMAS GLOBAL E
INTERAMERICANO DE
PROTEÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS

Manoela Carneiro Roland¹

Resumo: Este artigo apresenta alguns elementos considerados essenciais, que deveriam integrar um possível Estudo, ou Relatório especial sobre Empresas e Direitos Humanos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Identifica-se a relevância dessa contribuição após a aprovação da Resolução AG/RES 2887 (XLVI-0/16), na segunda sessão plenária da Assembleia Geral da OEA, em 14 de junho de 2016, solicitando à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a realização de um estudo sobre os *standards* interamericanos em matéria de empresas e Direitos Humanos, a partir das análises dos tratados, jurisprudência e relatórios advindos do Sistema Interamericano, que podem ainda influenciar esforços de regulamentação do tema no plano nacional e internacional. Aguarda-se para o início do ano de 2019 a aprovação do relatório na Comissão e sua devida divulgação. O trabalho partiu de um resgate da consolidação da agenda de Empresas e Direitos Humanos nas Nações Unidas, com destaque para o papel da sociedade civil como agente impulsionador do processo, seguindo-se para a defesa, propriamente, dos pontos considerados essenciais para figurarem em um futuro Tratado Internacional sobre Empresas Transnacionais e Direitos Humanos. Considera-se, em suma, que a contribuição do Sistema Interamericano seria exigir dos Estados a produção de normas mais eficazes com relação à responsabilização de empresas transnacionais por violações de Direitos Humanos, com a participação primordial de atingidos e atingidas por essas violações. Tais normas devem conter um *standard* mínimo, como a supremacia do Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre quaisquer acordos, nacionais e internacionais, de natureza econômica; devem reconhecer obrigações diretas para as empresas, tanto na esfera civil quanto na penal e na administrativa, promovendo mecanismos judiciais eficazes para as reparações, tendo como princípio norteador a centralidade do sofrimento da vítima, o acesso à justiça ampliado, e que ainda revejam a lógica empresarial da *due diligence*. Deve-se estimular, ainda, que esses esforços nacionais sejam complementados pela adesão ao futuro Tratado Internacional sobre Empresas Transnacionais e Direitos Humanos, que disponha, minimamente, sobre os aspectos anteriores, e também a respeito das dimensões da extraterritorialidade da atividade transnacional e mecanismos internacionais suplementares de reparação.

Palavras-chaves: Tratado internacional. Empresas transnacionais. Direitos Humanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

¹ Doutora em Direito Internacional pela UERJ, coordenadora do Homa, Centro de Direitos Humanos e Empresas da Faculdade de Direito da UFJF, professora associada da Faculdade de Direito da UFJF.

Abstract: *This paper presents some elements considered essential, which should integrate a possible Study, or Special Report on Business and Human Rights of the Inter-American Human Rights System. The relevance of this contribution is identified following the approval of Resolution AG / RES 2887 (XLVI-0/16), at the second plenary session of the OAS General Assembly on June 14, 2016, requesting the Inter-American Commission on Human Rights to based on the analysis of the treaties, jurisprudence and reports from the inter-American system, which may influence national and international efforts to regulate the issue. The approval of the report with the Commission and its proper disclosure is expected for the beginning of 2019. The work was based on a rescue of the consolidation of the agenda of transnational corporations and Human Rights in the United Nations, with emphasis on the role of civil society as a driving force for the process, followed by the defense of the points considered essential to appear in a future International Treaty on Transnational Corporations and Human Rights. It is considered that the contribution of the Inter-American System would be to require States to produce more effective norms regarding the accountability of transnational corporations for human rights violations, with the primary participation of those affected and affected by these violations. Such standards should contain a minimum standard, such as the supremacy of international human rights law, on any national and international agreements of an economic nature; should recognize direct obligations for companies, both in the civil, criminal and administrative spheres, by promoting effective judicial mechanisms for reparations, guided by the centrality of the victim's suffering, access to extended justice, and due diligence. Even if these national efforts are complemented by adherence to the future international treaty on transnational corporations and human rights, it should be encouraged, in a minimal way, on the previous aspects, as well as on the extraterritorial dimensions of transnational activity and supplementary international mechanisms of repair.*

Keywords: *International Treaty. Transnational corporations. Human Rights. Inter-American Commission on Human Rights.*

I Introdução

Este artigo apresentará alguns elementos, aqui considerados essenciais, que deveriam integrar um possível Estudo, ou Relatório especial sobre Empresas e Direitos Humanos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Identifica-se a relevância dessa contribuição após a aprovação da Resolução AG/RES 2887 (XLVI-0/16), na segunda sessão plenária da Assembleia Geral da OEA, em 14 de junho de 2016,

solicitando à Comissão Interamericana de Direitos Humanos realizar um estudo sobre os *standards* interamericanos em matéria de empresas e Direitos Humanos, a partir das análises dos tratados, jurisprudência e relatórios advindos do Sistema Interamericano, que podem ainda influenciar esforços de regulamentação do tema no plano nacional e internacional.

Na condição de coordenadora do Homa, Centro de Direitos Humanos e Empresas da Faculdade de Direito da UFJF² participei da III Consulta Regional sobre Direitos Humanos e Empresas, na sede da Cepal, em Santiago, no Chile, quando a relatora especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (Dhescas), Sra. Soledad García Muñoz, realizou reuniões com representantes dos Estados, empresas e sociedade civil, iniciando a agenda de elaboração do Estudo, cujas etapas foram sistematizadas pela própria relatora em sua Apresentação sobre Direitos Humanos e Empresas, em fevereiro de 2018:

Participación y Mesas de Diálogo Consulta Regional Chile, diciembre 2017;
 Consulta Pública I Foro Interamericano SIDH, diciembre 2017; Evento sobre Planes Nacionales de Acción en Derechos Humanos y Empresas, énfasis en la experiencia Colombiana: Bogotá, 28 de agosto de 2018;
 Audiencia Temática Regional de oficio CIDH sobre Empresas y Derechos Humanos, con participación de sociedad civil hemisférica: Bogotá, 2 de marzo de 2018;
 Sometimiento de nota conceptual e índice tentativo del informe a la CIDH en 167 Periodo de sesiones;
 Circulación de cuestionario a Estados y partes interesadas, durante primer semestre 2018;
 Consulta de expertos y expertas sobre estándares en derechos humanos y empresas en relación con estructura y recomendaciones del informe;
 Una vez aprobado y publicado el informe, se realizarán actividades de difusión, promoción y asistencia técnica con base en el mismo. (GARCIA MUÑOZ, 2018)

Como muito bem salientou a relatora e está previsto no texto da Resolução AG/RES 2887 (XLVI-0/16), trata-se de um documento proveniente do Sistema Interamericano, ou seja, que deve se inspirar em todo o acúmulo obtido por ele com relação a Direitos Humanos e Empresas, e é inegável que a atuação de empresas apresentaria um risco maior com relação à violação de Dhescas, daí a sua coordenação do Estudo. Essa pers-

² Acesse os trabalhos desenvolvidos pelo Centro em seu website: www.homacdhe.com.

pectiva efetivamente interamericana é muito acertada, o que também orientaria a lógica do instituto do controle de convencionalidade, quando manejado de forma adequada. Entretanto, como atesta a relatora, ainda em sua Apresentação sobre Empresas e Direitos Humanos (GARCÍA MUÑOZ, 2018), os princípios e normas do Sistema Universal aplicam-se às Américas, sendo importante um acompanhamento dos processos em curso nas duas dimensões, tanto Regional quanto Global, a fim de se constituir um retrato mais fiel a respeito da temática que seja válida para os países americanos e suas comunidades afetadas por violações de Direitos Humanos cometidas por corporações. Ressalta-se que a agenda de Empresas e Direitos Humanos no âmbito das Nações Unidas, por sua vez, como será abordado posteriormente, já se desenvolve há mais de 40 anos.

É nesse sentido, portanto, que este trabalho se insere, uma vez que o Homa também respondeu o Relatório enviado pela Relatoria, na metade deste ano, e agora sistematiza pontos que figurariam como aspectos mais sensíveis para o preenchimento de lacunas normativas que viabilizem melhor reparação de empresas, especialmente transnacionais, por violações de Direitos Humanos. Parte-se para tanto da experiência obtida pelo acompanhamento do Homa das quatro Sessões de negociação do Tratado sobre Empresas Transnacionais (TNCs) e Direitos Humanos realizadas pelo *Open-Ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with respect to Human Rights* (OEIGWG), das Nações Unidas, em 2015, 2016, 2017 e 2018, sendo que em 2017, representando o Homa, figurei como *expert* a convite da Presidência do Grupo, exercida pelo Equador, tendo abordado o tema do *scope*, ou abrangência do futuro Tratado.

Além do acompanhamento das Sessões, e da realização de análises dos principais documentos advindos desses processos, o documento de *Elements* e o *Zero Draft*, considera-se fundamental o fato de o Homa integrar a *Global Campaign to Reclaim Peoples Sovereignty, Dismantle Corporate Power and Stop Impunity*,³ ou Campanha Global, quando foi possível, a partir de dezenas de eventos regionais e internacionais, observar a metodologia de elaboração de um texto final, o qual retrata o resultado das experiências de centenas de organizações e movimentos sociais com violações de Direitos Humanos por empresas transnacionais em seus territórios. Essa experiência resultou em um documento que manifesta grande parte das expectativas com relação a um instrumento internacional vinculante que possa regulamentar a atividade das empresas transnacionais e coibir possíveis violações de Direitos Humanos provenientes de suas práticas.

A agenda da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a temática de Direitos Humanos e Empresas não é tão recente como parece. As discussões sobre o tema inicia-

³ Mais informações sobre a Campanha Global disponíveis em: www.stopcorporateimpunity.org.

ram-se na década de 1970, com a expansão da globalização e do poder das empresas transnacionais, mas foi apenas em 2011, cerca de 40 anos depois, que os *Guiding Principles on Business and Human Rights*,⁴ ou Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, foram adotados no âmbito do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU). Porém, devido a seu caráter voluntarista e às diversas lacunas não preenchidas para a efetiva responsabilização de empresas transnacionais por violações de Direitos Humanos, manteve-se a intensa pressão de diversos países, especialmente do Sul Global, e de centenas de organizações da sociedade civil para a elaboração de um outro documento e, três anos depois, foi aprovada a Resolução 26/9 do Conselho de Direitos Humanos. Tal Resolução prevê a criação do OEIGWG para elaboração do Tratado Internacional sobre Empresas Transnacionais e Direitos Humanos – marco histórico no processo de luta em defesa dos Direitos Humanos contra violações cometidas por corporações.

A Resolução 26/9, portanto, define o mandato do Grupo, o qual só se esgotaria após a elaboração de um Tratado Internacional sobre Empresas Transnacionais, não todas as empresas, com respeito aos Direitos Humanos. Também foram previstas três Sessões iniciais, as quais deveriam levar, inicialmente, à apresentação de um documento básico de “Elementos” para o Tratado, seguido de um rascunho zero, ou *Zero Draft*, que já expressasse os fundamentos do Tratado.

Uma vez que essas fases foram cumpridas, o principal objetivo deste artigo será, após retratar a “evolução” nas Nações Unidas da agenda de Empresas e Direitos Humanos, bem como a importância da sociedade civil em tal processo, oferecer uma contribuição para as futuras Diretrizes do Sistema Interamericano sobre o tema, que apresentem o debate global, conformando-se, assim, com o espírito de interação entre preceitos universais de Direitos Humanos e seus marcos regionais. Tal contribuição será elaborada a partir de insumos provenientes, tanto dos “Elementos”, ou *The OEIGWG Chairmanship Elements for a Legally Binding Instrument on Transnational Corporations*,⁵ quanto do primeiro Rascunho oficial do Tratado em Empresas e Direitos Humanos, o “Zero Draft”⁶, e tendo o “Treaty on Transnational Corporations and their supply chains with regard to Human Rights”⁷, elaborado pela Campanha Global, ou *Global Campaign to Reclaim Pe-*

4 Pode-se ter acesso aos Princípios em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

5 Para os fins deste trabalho, o documento dos Elementos, *Elements*, ou OEIGWG Draft “Elements for a Legally Binding Instrument on Transnational corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights” será chamado de “Elementos” e pode ser encontrado em: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTN-Cs_OBEs.pdf.

6 Para os propósitos deste artigo o *Zero Draft*, ou “Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the activities of transnational corporations and other business enterprises” será chamado de Zero Draft e pode ser encontrado em: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/DraftLBI.pdf>.

7 O documento poderá ser encontrado em: https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2017/10/Treaty_draft-EN.pdf.

oples Sovereignty, Dismantale Corporate Power and Stop Impunity, como “parâmetro ideal.

É importante destacar que o documento da Campanha Global figura como base fundamental da abordagem seguida neste trabalho, uma vez que representa a experiência de um processo “a partir de baixo”, expressando o espírito da consagração dos Direitos Humanos, também reconhecido pelo Sistema Interamericano, por meio, por exemplo, do Princípio da Centralidade do Sofrimento da Vítima, que nortearia todo o exercício de dar provimento aos direitos e garantias fundamentais, a partir da dimensão atribuída pelas próprias vítimas, ou atingidos e atingidas por violações de Direitos Humanos cometidas por empresas.

Com as análises aqui efetuadas, entretanto, não se pretende esgotar todo o conteúdo de um possível Tratado, mas reunir os pontos considerados mais controversos que teriam emergido durante as quatro Sessões de negociação ocorridas até o momento. As discussões, portanto, deter-se-ão sobre a primazia dos Direitos Humanos; a previsão de obrigações diretas para as empresas transnacionais, independente dos Estados; prevenção, com destaque para o conceito de *due diligence*, ou devida diligência; Jurisdição/extraterritorialidade, e a previsão de mecanismos internacionais específicos para a reparação das violações. Consideram-se, assim, esses aspectos os principais elementos que poderiam servir como pontos de partida para elaboração de Diretrizes sobre Direitos Humanos e Empresas também no âmbito do Sistema Interamericano.

2 A agenda de Empresas e Direitos Humanos nas Nações Unidas e o papel da sociedade civil

2.1 O processo de formação histórica da agenda de Empresas e Direitos Humanos

O grande marco de incorporação da chamada agenda de Empresas e Direitos Humanos nas Nações Unidas foi, inegavelmente, o discurso do ex-presidente do Chile, Salvador Allende, na Assembleia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1972. Nesse momento, Allende⁸ denuncia os ataques que empresas transnacionais vinham perpetrando contra seu governo e a democracia Chilena:

No sólo sufrimos el bloqueo financiero, también somos víctimas de una clara agresión. Dos empresas que integran el núcleo central de las grandes

⁸ <http://www.abacq.net/imaginaria/cronolo4.htm>

compañías transnacionales, que clavaron sus garras en mi país, la International Telegraph and Telephone Company y la Kennecott Copper Corporation, se propusieron manejar nuestra vida política. La ITT, gigantesca corporación cuyo capital es superior al presupuesto nacional de varios países latinoamericanos juntos, y superior inclusive al de algunos países industrializados, inició, desde el momento mismo en que se conoció el triunfo popular en la elección de septiembre de 1970, una siniestra acción para impedir que yo ocupara la primera magistratura. Entre septiembre y noviembre del año mencionado, se desarrollaron en Chile acciones terroristas planeadas fuera de nuestras fronteras, en colusión con grupos fascistas internos, las que culminaron con el asesinato del comandante en jefe del Ejército, general René Schneider, hombre justo, gran soldado, símbolo del constitucionalismo de las Fuerzas Armadas de Chile.

Além de colocar em evidência esse novo “animal político” presente no sistema internacional, e sua capacidade de defender seus interesses de forma pouco transparente e, até hoje, estabelecido dentro de um marco de grande impunidade, Allende nos ajuda a entender o poder desse novo ator, e até defini-lo, reforçando o fato de que as empresas transnacionais, já na década de 1970, possuíam um capital superior ao da maioria dos Estados onde desempenham suas atividades, apresentando-se, portanto, como agentes influenciadores, não só das chamadas regras de “mercado”, mas especialmente das decisões políticas que garantiriam a segurança de tais regras. Política e economia nunca podem ser analisadas como fenômenos em separado.

A morte de Salvador Allende, em 1973, e o golpe de Estado no Chile “forçaram” as Nações Unidas a darem uma resposta à altura aos desafios apresentados pelo ex-presidente. Não é possível afirmar que tal cenário não se formasse sem esse final trágico, mas, tendo em vista o perfil da organização e a dinâmica de “avanços” e “recuos” dessa agenda, não seria conspiratório suspeitar de que a ONU não fosse um espaço propício a regulamentar o espectro de atuação das transnacionais, contribuindo para coibir as possíveis violações de Direitos Humanos perpetradas por elas.

Como afirma o professor Daniel Maurício Aragão sobre as Nações Unidas (2010, p. 176):

Não se deve perder de vista jamais, que estes são espaços privilegiados para a consolidação da hegemonia da Classe Capitalista Transnacional, e que são utilizadas para viabilizar e verbalizar demandas do capital global, chancelando processos não participativos e legitimando o capital trans-

nacional através de processos não representativos e inócuos. (ARAGÃO, 2010, p. 176)

Portanto, em uma breve síntese, correndo o risco da simplificação, desde 1972, após o discurso de Salvador Allende, a ONU incorpora essa agenda, dando início aos debates para a criação da Comissão sobre Empresas Transnacionais, submetida ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, e a partir desse momento contrapõem-se duas perspectivas: uma que vê a necessidade de se regular internacionalmente de maneira “vinculante” as empresas transnacionais e de se criar mecanismos de responsabilização desses atores por violações a Direitos Humanos; e outra que se alinha com a vertente da Responsabilidade Social Corporativa, baseada em pactos de adesão voluntária, geradores de marketing positivo para as empresas e comparável a finalidades filantrópicas. Em última instância, a ONU resistiria a uma normatização, via responsabilização das empresas que fosse mais eficaz, respondendo mediante normas mais brandas e voluntárias, ao passo que, principalmente em razão da pressão da sociedade civil global, brechas são forçadas e instrumentos vinculantes são considerados.

O professor Surya Deva (2013) resume em três etapas os principais ciclos de busca de normatização da atividade de empresas transnacionais no âmbito das Nações Unidas.

A primeira fase, como já mencionado, inicia-se em 1972 (discurso de Salvador Allende), com os primeiros passos para a criação da Comissão sobre Empresas Transnacionais, (Comissão sobre Investimento Internacional e Empresas Transnacionais) submetida ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, e vai até 1990, com a apresentação do *draft* do Código de Conduta para Empresas Transnacionais.

A segunda fase instaura-se em 1997-1998, com o estabelecimento de um grupo de trabalho na Subcomissão para Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, subordinada ao Conselho de Direitos Humanos da ONU (anteriormente chamada de Comissão de Direitos Humanos), para analisar os métodos de trabalho e atividades das empresas transnacionais e apresentar um documento normativo ao final do trabalho. Em meados de 2003, o grupo de trabalho ligado à Subcomissão para Promoção e Proteção dos Direitos Humanos apresentou o *draft* das Normas sobre Responsabilidades das Empresas Transnacionais e Outros Negócios com Relação a Direitos Humanos, conhecidas como “Normas”, que não obteve aceitação por parte do Conselho de Direitos Humanos.

Em concorrência ao trabalho desse grupo, o então secretário-geral da ONU, Kofi Annan, no ano 1999, lançou o Pacto Global (Global Compact).

A terceira fase inicia-se em 2005, com a nomeação do professor de Harvard, John Ruggie, que já havia participado do processo de formulação do Pacto Global, como representante especial do secretário-geral para a temática Direitos Humanos e Empresas

Transnacionais. Seu mandato foi prorrogado até 2011, quando este apresentou ao Conselho de Direitos Humanos da ONU os Princípios Orientadores em Direitos Humanos e Empresas, resultado final de seu trabalho.

Agora, apesar de não abordado pelo professor Deva neste texto, pode-se afirmar que vivemos uma “quarta fase”, após a aprovação da Resolução 26/9 no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 2014, que deu início à negociação de um Tratado Internacional sobre Empresas Transnacionais e Direitos Humanos, no âmbito das Nações Unidas, criando o já mencionado Grupo Intergovernamental de Composição Aberta sobre Empresas Transnacionais e outros Negócios e Direitos Humanos.

Em 2014, a Resolução 26/9 obteve 20 votos a favor, 13 abstenções e 14 votos contrários. Deve-se destacar que a Resolução contou com grandes aliados em seu início, como atestam Adoración Guamán e Gabriel Moreno (2017), tendo votado a favor da China, Rússia, Índia e Venezuela, enquanto todos os países da União Europeia presentes, como Alemanha, França, Itália, Irlanda e a República Tcheca, bem como Estados Unidos, dentre outros, posicionaram-se contra. No que tange à América Latina, à exceção do Brasil, que se absteve na votação, assim como Chile, México e Peru, ia se formando um bloco de apoio importante, formado por Bolívia, Cuba, Venezuela, El Salvador e Nicarágua.

Esse Grupo de Negociação Intergovernamental, conforme relatado na Introdução deste trabalho, já promoveu quatro Sessões, a primeira em 2015 e as seguintes em 2016, 2017 e em outubro de 2018, tendo apresentado para a terceira Sessão, ano passado, os chamados Elementos, documento inicial que serviria como ponto de partida para discussão de um possível escopo para o futuro tratado. Ao final desta última Sessão ficou estabelecido que, após a realização de consultas regionais, o Equador, que detém a Presidência do Grupo, deveria apresentar um Rascunho efetivo do tratado, o mencionado *Zero Draft*, até junho de 2018, quatro meses antes da realização da 4ª sessão, em outubro. O *Zero Draft* foi apresentado em agosto deste ano.

A aprovação da Resolução 26/9 foi considerada uma vitória para grande parte da sociedade civil global e certos Estados que vinham, desde a década de 1970, pleiteando normas vinculantes, e que, principalmente, a partir de 2011, após a publicação dos Princípios Orientadores, pudessem romper com a lógica “pró-empresas” representada por esses Estados, assim como suprir as lacunas deixadas por eles, e que seriam essenciais para uma efetiva responsabilização de empresas no caso de violações de Direitos Humanos, como a previsão de obrigações diretas para as empresas e mecanismos de extraterritorialidade. Mas, acima de tudo, pleiteia-se, hoje, uma grande mudança paradigmática representada pelo desafio de se colocar o Direito Internacional dos Direitos Humanos acima de tratados de investimento e outros acordos comerciais.

Classicamente, John Ruggie, ao apresentar os Princípios Orientadores, defende que a responsabilidade das corporações em relação aos Direitos Humanos é distinta da

obrigação dos Estados: as corporações devem evitar a violação de Direitos Humanos, mas não são obrigadas a isso da mesma forma que os Estados (BILCHITZ, 2013). Bilchitz argumenta, a partir da fundamentação moral dos Direitos Humanos, que há sim obrigações vinculantes para as corporações e que estas derivam do quadro normativo – e não das expectativas sociais, como foi alegado. Ele tenta demonstrar que a concepção de Ruggie se funda em um entendimento equivocado do papel social das empresas e da legitimidade democrática.

O professor David Bilchitz (2013), entretanto, assinala que o reconhecimento das corporações enquanto obrigadas ao cumprimento de Direitos Humanos, acompanhado de normas obrigatórias nesse sentido, é um passo importante para reequilibrar a assimetria entre o capital transnacional e a população civil afetada pelas TNCs. Em última instância, negar que existam obrigações de Direitos Humanos para as empresas é retroceder o progresso do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em vez de incorporar de forma mais efetiva o tratamento adequado a uma questão já consolidada. Além disso, afirmar que a responsabilidade das corporações deriva das expectativas sociais – e não de um dever moral ou normativo – é problemático em um mundo marcado por ideologias e interesses diversos. Quer dizer, essa interpretação enfraquece gravemente a concretização dos Direitos Humanos, uma vez que dificulta a delimitação de obrigações específicas diante de uma grande variedade de expectativas sociais.

Apesar de todo esse apelo em prol da necessidade de se estabelecer regras objetivas, transparentes, rígidas e vinculantes, a fim tanto de se prevenir potenciais violações de Direitos Humanos por empresas quanto responsabilizá-las por tais atos, como forma de se responder ao processo mesmo de afirmação histórica dos Direitos Humanos, em constante evolução e sempre na direção de se fornecer melhores respostas aos pleitos das vítimas frente aos violadores dos seus direitos, dar início ao processo de negociação do tratado sobre Empresas e Direitos Humanos ameaçava o enfraquecimento do suposto “consenso” obtido quando da adoção dos Princípios Ruggie no âmbito do Conselho (ANGELUCCI; ROLAND, 2016).

Adoção por “consenso” é uma *praxis* do Conselho, e é importante frisar que os Princípios não foram produzidos a partir de negociações entre Estados, mas são produto de um esforço de *experts* e consultores empresariais, sob a liderança do professor John Ruggie. Entretanto, o marketing envolvido na difusão desses Princípios mostra-se, até hoje, muito influente.

Outro aspecto a ser considerado e que influenciou a constituição de agenda, podendo, inclusive, afetar o debate sobre Empresas e Direitos Humanos, tanto em âmbito regional quanto nacional, foi a constituição do Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos, em 2012, estimulando os Estados a elaborarem Planos de Ação Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, que tivessem como principal inspiração os Princípios

pios Orientadores. Vê-se como algo importantíssimo o aprimoramento de legislações nacionais que possam tornar mais eficazes os mecanismos de responsabilização de empresas por violações de Direitos Humanos. Entretanto, os Planos de Ação Nacionais, tanto os europeus quanto os latino-americanos, analisados até agora pelo Homa,⁹ não respondem à altura deste desafio. Ao reproduzirem a sistemática dos *Guiding Principles*, acabam mantendo suas lacunas, o que não contribui para o aprimoramento daqueles mecanismos. As principais falhas encontradas, e que se deve ressaltar apresentam-se tanto nos planos europeus quanto nos latino-americanos, seriam: dificuldades de manejar a dinâmica metodológica de encontros entre os diferentes atores, como Estado, empresas e sociedade civil; *deficit* democrático, ou seja, pouca participação de vítimas de violações, além de pouca transparência sobre os processos de consultas; fraca previsão normativa em matéria de Direitos Humanos; linguagem vaga e imprecisa; expressiva valorização apenas dos princípios da OCDE; não são mencionadas medidas concretas de responsabilização, na maioria dos casos, e inexistência de um prazo claro para efetivação das existentes, além de ausência de previsão de mecanismos de extra-territorialidade, na maior parte dos Planos.

Assim, um esforço nacional que inove em matéria de prevenção e responsabilização de empresas por violações de Direitos Humanos é bem-vindo, mas desde que traga verdadeiros avanços, e não retrocessos. Um bom exemplo de documento que expressa esse debate é a Nota Técnica sobre proteção e reparação de Direitos Humanos no âmbito das atividades empresariais, lançada pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, em agosto deste ano.

É fácil compreender, então, a razão pela qual já em setembro de 2013 o “consenso” em torno dos Princípios Orientadores se mostrava frágil. Durante a 24ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos, vários países reuniram-se para a elaboração de uma declaração. Esta foi feita em nome de um grupo países africanos e de um grupo de países árabes, do Paquistão, Sri Lanka, Quirguistão, Cuba, Nicarágua, Bolívia, Venezuela, Peru e Equador. Tais nações deixaram claro que, sem buscar um marco juridicamente vinculante, o endosso dado aos Princípios Orientadores pelos Estados em 2011, no Conselho de Direitos Humanos, seria apenas um primeiro passo, sem maiores consequências, e que mecanismos de *soft law* como os Princípios de Ruggie não eram suficientes para garantir a reparação e a devida proteção às vítimas de violações de Direitos Humanos por empresas, principalmente transnacionais, não sendo suficiente para preencher o “gap” jurídico existente para responsabilização de empresas extraterritorialmente. Essa declaração foi reforçada por mais de 140 organizações da sociedade civil, que também emitiram uma declaração conjunta reclamando um instrumento vinculante que tratasse

⁹ Pode-se ter acesso a dois estudos sobre Planos de Ação Nacionais no website do Homa, um europeu e outro latino-americano. Disponível em: <http://homacdhe.com/index.php/pt/documentos/>.

das violações de Direitos Humanos cometidas por empresas. Sem dúvida alguma, esse movimento ajudou a impulsionar a decisão do Equador e da África do Sul de apresentarem a Resolução 26/9.¹⁰

Neste ponto, passamos para análise da importância da participação da sociedade civil, que, agindo organizadamente e em rede, foi capaz de manter a discussão favorável às normas vinculantes no âmbito das Nações Unidas.

2.2 A importância da sociedade civil

Como afirmam Aragão e Roland (2017), a sociedade civil global sempre desempenhou um importante papel no avanço das normas de Direitos Humanos no âmbito das Nações Unidas, tanto pressionando por regras mais rigorosas quanto questionando o compromisso efetivo das empresas com relação às normas de Direitos Humanos. A pressão por normas voluntárias que expressam a lógica da Responsabilidade Social Corporativa é percebida como resultado da cooptação dos espaços formais de regulação nas Nações Unidas por interesses empresariais. Um dos aspectos que ilustra a importância dessa contribuição é precisamente a pressão da sociedade civil global em suas críticas à natureza genérica do Pacto Global, de 1999, à dissolução do Grupo de Trabalho responsável pela elaboração das Normas, e à recusa do então Comitê de Direitos Humanos ao adotá-las em 2003. Essas críticas obrigaram o secretário-geral a dar uma resposta mais efusiva às demandas com relação à agenda de Empresas e Direitos Humanos, mesmo que essa resposta tenha sido a manutenção desta sob a lógica dos interesses corporativos, com a nomeação do professor John Ruggie para seu representante especial sobre a matéria.

Indubitavelmente, a luta dos movimentos e organizações da sociedade civil em prol de normas vinculantes para a responsabilização empresarial ganha em sentido e reconhecimento, a partir do diagnóstico advindo das lutas nos territórios da chamada “arquitetura da impunidade”, que além de conceder prioridade aos interesses corporativos em detrimento dos Direitos Humanos, de forma contrária ao que se defendeu até aqui, sustenta-se sobre um conjunto normativo e institucional, nacional e internacional, que garante a defesa desses interesses, a chamada *Lex Mercatoria*, e, fundamentalmente, a sua impunidade quando da violação de Direitos Humanos. Como afirma Juan Hernández Zubizarreta (2017):

¹⁰ Resolução A/HRC/RES/26/9: Elaboração de um Instrumento Internacional Juridicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionais e Outros Negócios com relação aos Direitos Humanos: adotada pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 26 de junho de 2014. Disponível em: <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement>.

Así, la existência de agentes y organizaciones económico-financieras supraestatales (las empresas transnacionales, la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Fondo Monetario y Internacional (FMI), el Banco Mundial y el G8) está generando un entramado institucional de perfiles propios que utiliza categorías y principios jurídicos estatales y de Derecho Internacional (Faria, 2001:145), junto a prácticas privadas que regulan el comercio internacional por medio de una hiperinflación normativa difícil de conocer y controlar, dotada de *imperium* y con plena eficacia jurídica y sancionadora, adecuada a sistemas arbitrales de resolución de conflictos (Castillo, 2001:229-241). Además, los controles democráticos, apesar de contar con reglas formales, se encuentran sometidos a los poderes económicos y a las prácticas de los grandes bufetes de abogados que los representan. (ZUBIZARRETA, 2017, p. 15)

E ainda:

Tal es así que las normas internacionales de comercio e inversiones formalizadas en la OMC, los tratados y acuerdos regionales y bilaterales, el FMI y el Banco Mundial conforman un Derecho Corporativo Global, jerárquicamente superior a los ordenamientos nacionales, sobre todo de los Estados periféricos. Estas normas, junto a los contratos de inversión de las empresas transnacionales y las prácticas privadas van formalizando de hecho situaciones de pseudo-pluralismo jurídico, más cercano a un monismo jurídico en favor de las grandes corporaciones que a una visión plural e inclusiva del derecho (ZUBIZARRETA, 2017, p. 15).

Devemos, então, recorrer à memória do Tribunal Permanente dos Povos (TTP) que se originou nos Tribunais de Russel no Vietnã e nas ditaduras na América Latina. Esse Tribunal foi formalmente estabelecido em 1979. Sua lógica fundante expressa uma orientação que vai ser seguida pela Campanha em grande parte de suas ações, que é descrever e evidenciar situações em que são levantadas violações dos Direitos Humanos que não encontram reconhecimento em instâncias oficiais.

O TTP acolheu o pleito da Rede Enlaçando Alternativas, rede bilateral, Europa, América Latina e Caribe, que surgiu em 2004 e reuniu movimentos sociais, organizações trabalhistas, ambientais, indígenas, mulheres dentre outros, e fez três audiências continentais. Uma lugar em Viena (2006), Lima (2008) e Madrid (2010), sendo parte da Cúpula dos Povos, e sempre coincidindo com a Cúpula dos Chefes de Estado dos países da

União Europeia, da América Latina e do Caribe. Em 2012, portanto, a Campanha surgiu durante a Cúpula dos Povos do Rio, em meio à Rio + 20.

A Campanha Global segue uma orientação metodológica de transformação radical e de soberania dos povos, que se coaduna com o movimento do “Direito de Baixo para Cima”, e reúne hoje mais de 200 organizações, movimentos sociais e centros acadêmicos de todo o mundo. Como se pode verificar no próprio website da Campanha, ela teve um papel extremamente ativo no fortalecimento do debate em meio às organizações sobre o tema, além da produção de documentos que pudessem contribuir para a formulação do Tratado, aos quais se soma o Tratado dos Povos, de 2014:

En 2015 la Campaña Global estuvo presente durante la Primera Sesión del OEIGWG, realizando diferentes actividades para presionar a los gobiernos de manera que avanzara el proceso del Tratado Vinculante. La Campaña contribuyó con 8 propuestas para el Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre Empresas transnacionales y Derechos Humanos (2015) en la sesión.

En 2016, participamos activamente en el debate en el seno de la Segunda Sesión del OEIGWG (Octubre 2016), y facilitamos la participación de más de 100 activistas representantes de sindicatos, de organizaciones campesinas, de movimientos ambientalistas, de juventud, de mujeres, de indígenas, por el acceso a los medicamentos, de migrantes, además de otras organizaciones que vigilan las operaciones de las empresas transnacionales en todo el mundo, provenientes de 29 países, compartieron sus experiencias en 15 actividades, dentro y fuera del espacio de la ONU, además de protagonizar 40 intervenciones orales en los 6 paneles en los cuales se dividió la Sesión.

Presentó seis propuestas concretas para el instrumento vinculante (6 puntos a incluir en el Tratado Vinculante de las Naciones Unidas sobre Transnacionales y derechos humanos): sobre las obligaciones para las transnacionales; las obligaciones extra-territoriales; Tribunal Internacional; la responsabilidad de las transnacionales en la cadena global de suministro; la arquitectura del derecho corporativo global (IFIs, OMC y el régimen comercial y de inversiones); así como sobre los derechos de las comunidades afectada”.¹¹

¹¹ Disponível em: www.stopcorporateimpunity.org.

Ainda na terceira Sessão de negociação do Tratado, em outubro de 2017, um texto completo do Tratado da Campanha foi apresentado, após um intenso processo que envolveu reuniões internacionais de trabalho; três rodadas de consultas em toda a Rede que integra a Campanha; e 40 apresentações escritas trocadas entre ativistas e membros, bem como com a ajuda de especialistas, como é dito no próprio documento do Tratado, denominado “Treaty on Transnational Corporations and Their Supply Chains With Regard to Human Rights”, october 2017:

The daily resistance struggles and strategies of the peoples and communities affected by TNCs inspire the language in these treaty articles. In this context, the treaty document is a work in progress reflecting the political will of the Global Campaign” (GLOBAL CAMPAIGN, 2017, p. 5).

No que diz respeito aos Direitos Humanos, o seu marco teórico crítico pode contribuir para que a defesa dos Direitos Humanos não seja apenas retórica, ou, o que seria mais grave, coloque-se em meio a um vazio conceitual, capaz inclusive de referendar violações à dignidade humana, sob o viés de ponderações no choque entre direitos, e legitimado sob a alegação da própria defesa dos Direitos Humanos. Como menciona Joaquin Herrera Flores (2009):

Nosso compromisso, na qualidade de pessoas que refletem sobre – e se comprometem com- os direitos humanos, reside em “colocar frases” às práticas sociais de indivíduos e grupos que lutam cotidianamente para que esses “fatos” que ocorram nos contextos concretos e materiais em que vivemos possam ser transformados em outros mais justos, equilibrados e igualitários. Por isso, a verdade é posta por aqueles que lutam pelos direitos. A nós compete o papel de colocar as frases. E esse é o único modo de ir complementando a teoria com a prática e com as dinâmicas sociais: chave de critério de verdade de toda reflexão intelectual. (FLORES, 2009, p. 25)

Soma-se este trabalho, portanto, à crítica de Herrera Flores (2009), ao se afirmar que não se pode considerar os Direitos Humanos como algo autônomo, sem contato com a realidade, ou neutro, ou seja “de toda a humanidade”, sem apontar para as complexidades e diferenciações de pontos de partida e chegada, e nem ao menos “conseguido”, garantido pelas abstrações normativas. Dessa forma, ser um pesquisador que esteja no campo dos Direitos Humanos é ser um dos atores que contribuam para a tradução das lutas sociais, que reúnem vários outros atores em disputa nos territórios, advindos de diferentes lugares e formações. Dessa feita, a experiência do Homa, integrando a rede de

organizações da sociedade civil que lutam por um tratado internacional sobre Empresas e Direitos Humanos expressa essa forma de atuação e de defesa dos Direitos Humanos a partir do campo acadêmico.

Ainda nesse sentido, a experiência da Campanha Global contribui para combater uma das principais preocupações do professor Balakrishnan Rajagopal (2005) na sua análise da resistência dentro do Direito Internacional. Segundo o autor, as orientações dominantes contemplam a resistência do Terceiro Mundo apenas em termos estado-cêntricos. Ele menciona a coalizão do Terceiro Mundo nas Nações Unidas nos anos 1960 e 1970. No entanto, segundo Rajagopal, esta não seria uma maneira adequada ou precisa de analisar padrões de resistência do Terceiro Mundo, especialmente com relação ao Direito Internacional. Os padrões de interação do Terceiro Mundo com o Direito Internacional teriam mudado de forma significativa, e não poderiam ser mais analisados sob a lógica do Estado. Assim, o autor propõe justamente uma análise a partir dos movimentos sociais. Na condução do seu trabalho, entretanto, é muito importante a forma como o autor percebe o papel perigoso dos Direitos Humanos ao contribuírem para a perda do potencial de resistência contido nas ações dos movimentos e organizações da sociedade civil. Isso se deveria, dentre diversos fatores, à captura desse potencial de resistência pelo discurso do desenvolvimento (RAJAGOPAL, 2005).

Em última instância, como se observa do trabalho da Campanha Global, em todo seu histórico, além de mostrar a importância e a possibilidade da formação de toda uma normatividade “de baixo para cima”, além de exercer papel fundamental no avanço da agenda de Empresas e Direitos Humanos num espaço institucional tradicional, contribui para dar maior visibilidade às lutas e demandas dos povos e movimentos sociais nos territórios. Soma-se, ainda, o fato de que as demandas veiculadas pela Campanha questionam radicalmente o modelo de desenvolvimento, na sua lógica tradicional e violenta, como problematiza Rajagopal.

Transcorrido esse breve histórico parte-se, agora, para a apresentação dos pontos essenciais relativos ao conteúdo do futuro Tratado, e que também deveriam ser incluídos num possível esforço do Sistema Interamericano de propor diretrizes para a atividade das empresas transnacionais e sua relação com os Direitos Humanos.

3 Pontos essenciais para a elaboração de um Tratado sobre Empresas Transnacionais e Direitos Humanos

3.1 A primazia dos Direitos Humanos e a previsão de obrigações diretas para empresas transnacionais, independente dos Estados

O *Zero Draft* não possui uma seção de princípios. O primeiro artigo do documento traz previsões a serem observadas pelos Estados que se tornarem parte da Convenção, sem menção às Empresas Transnacionais. Os Elementos, por sua vez, apresentavam essa seção específica, destacando-se o reconhecimento da supremacia dos Direitos Humanos sobre qualquer acordo de comércio ou investimento.

Dessa forma, faz-se necessária a recuperação daqueles princípios já presentes nos Elementos, especialmente no que tange à supremacia dos Direitos Humanos sobre tratados de investimentos ou outros acordos de cunho econômico. E mostra-se fundamental a inclusão de todo o conjunto de normas que perfazem o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com destaque para o início do seu processo de internacionalização, consagrado pela adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

O artigo 13 do *Draft*, nos seus pontos 6 e 7, retomou o ponto em questão, porém apenas com uma redação que abre espaço para uma interpretação “menos restritiva à possibilidade de acordos de comércio ou investimento respeitarem o novo Tratado”, mas que não consagra claramente a primazia dos Direitos Humanos. Já na proposta de Tratado da Campanha Global pleiteia que os Estados Partes do Tratado reconheçam a primazia do Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre qualquer outro instrumento legal, especialmente os relacionados a investimentos e comércio. Além disso, Estados já obrigados em acordos de comércio e investimentos estariam subordinados às obrigações estabelecidas no Tratado.

A respeito da previsão de obrigações diretas para empresas transnacionais, Olivier de Schutter (2017, p. 2), em suas críticas aos Elementos, mostrou-se contrário à utilização do termo “primary responsibility” (or *primacy of the State*), ou responsabilidade primordial dos Estados, pois daria margem à interpretação de que se o Estado não tem um ambiente nacional permissivo ao cumprimento das obrigações, a empresa não teria, em contrapartida, responsabilidade no cumprimento de normas de Direitos Humanos.

Esta é uma questão-chave: a necessidade de responsabilizar diretamente as empresas pelas violações cometidas, na esfera civil, penal e administrativa, transpondo-se o alcance das atividades empresariais para além da lógica da *due diligence*, empresarial, cuja fragilidade já é conhecida e cujos limites serão analisados posteriormente. Nos Ele-

mentos, por sua vez, apesar de encontrarmos a expressão *primary responsibility* dos Estados, são várias as citações às responsabilidades das Empresas. Na proposta da campanha Global, por sua vez, são diversas as exposições sobre a responsabilidade das Empresas, estipulando que mesmo que os Estados possuam *primary obligation* de respeitar, proteger e garantir Direitos Humanos e que terceiras partes os respeitem, as TNCs também possuem a mesma obrigação.¹²

Os comentários aos Princípios Orientadores previam, em 2011, a questão de independência entre as responsabilidades, conforme se observa no comentário ao Princípio 11. Tal previsão também é estabelecida pelas *OECD Guidelines International Enterprises*, em seu Capítulo 4.¹³ É preciso garantir, portanto, a responsabilidade independente entre Estados e empresas. O Conselho de Direitos Humanos, tal como um documento a ser produzido pelo Sistema Interamericano, deveria trabalhar nesse sentido, referendando os Tratados já existentes e exigindo que as empresas os cumpram. As empresas não podem se beneficiar de um âmbito nacional frágil em relação à proteção dos Direitos Humanos, visto que, operando transnacionalmente, apresentam-se, muitas vezes, mais poderosas que essas nações. E esse cenário poderia alimentar o fenômeno chamado de *race to the bottom*, ou corrida para o fundo do poço, ou seja, a tentativa dos Estados, especialmente do Sul Global, de atraírem investimentos mediante uma lógica competitiva de diminuição das salvaguardas relativas ao respeito aos Direitos Humanos.

Cabe destacar também que não é necessário que as empresas transnacionais sejam consagradas como sujeitos plenos de Direito Internacional para que lhe sejam atribuídas obrigações diretas. O debate sobre a condição dos indivíduos enquanto sujeitos de Direito Internacional, por exemplo, permanece, e isso não os impede de terem acesso aos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. A lógica adotada seria em consonância com o potencial das TNCs de violarem Direitos Humanos, se é possível essa violação, numa organização da atividade que foge ao alcance, inúmeras vezes, das jurisdições nacionais, a sua responsabilidade também deve ser erigida sobre as mesmas bases, para que as empresas não desfrutem de uma condição de impunidade reiterada.

¹² Reconhecer obrigações diretas para empresas transnacionais não significaria grande inovação para o Direito Internacional, fortalecendo-se os argumentos dos já mencionados professores Surya Deva, David Bilchitz e Olivier De Schutter. Algumas convenções internacionais que preveem tais obrigações podem ser mencionadas: United Nations Convention on the Law of the Sea; Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal; Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants (POPs); United Nations Convention against Corruption, dentre outras.

¹³ O documento pode ser encontrado em : <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.

3.2 Prevenção e extraterritorialidade

A redação do Artigo 9 do *Zero Draft* que dispõe sobre Prevenção ainda reforça a premissa de que caberia primordialmente aos Estados exigir das empresas transnacionais que respeitem os Direitos Humanos sob suas jurisdições. Mostra-se, mais uma vez, a necessidade do estabelecimento de seções distintas de obrigações dos Estados e das empresas. Ambos os atores compartilham responsabilidades independentes quanto ao tema, como já defendido. Não apenas o Estado está obrigado a criar normas vinculantes de *due diligence*, ou devida diligência que estabeleçam obrigações às empresas, mas caberia igualmente a estas, de forma independente, o acatamento de tais normas no cumprimento da *due diligence* orientada à proteção de Direitos Humanos.

Cabe aqui a ressalva de que o próprio conceito de devida diligência deve sofrer uma interpretação crítica, como atesta Justine Nolan (2017), deixando de estar submetida ao paradigma do risco empresarial, ou seja, a verificação, tendo em vista as condições e os objetivos compreendidos definidos pela corporação, de que a violação dos Direitos Humanos poderia comprometer a boa condução da própria atividade empresarial. A premissa de supremacia e inegociabilidade dos Direitos Humanos deve prevalecer, essa seria a perspectiva da *Human Rights Due Diligence*, como defende a autora.¹⁴

Construir, por sua vez, um arcabouço normativo que desenvolva mecanismos e sistematize as obrigações de *due diligence* mostrou-se uma necessidade no decorrer das discussões do documento de Elementos, vez que pertence ao conceito, originalmente, a perspectiva empresarial de análise econômico-mercadológica de vantagens e desvantagens comerciais a que está sujeita uma empresa. Para que essa análise passe a ser centrada na vítima, o *Draft* deve de ir além de dispositivos genéricos, redefinindo o conceito de *due diligence* e respondendo a perguntas: O quê? Como? Quando? Por quem?

Ainda sobre *Human Rights Due Diligence*, cabe destacar que tal tema deve ser tratado em conjunto com a noção de Cadeias de Valor. No mesmo sentido, os dispositivos do *Draft* não cobrem de forma suficiente o conceito de Cadeia de Valor,¹⁵ especialmente no que tange às disposições do Artigo 5 referentes à Jurisdição. Estes não fazem menção, por exemplo, aos mecanismos que dispõem sobre obrigações extraterritoriais já reconhecidos pelo Tratado de Maastricht. Aliás, não há previsão de responsabilização por violações cometidas por subcontratistas, nem previsões sobre como vincular as empresas às suas subsidiárias.

¹⁴ No tocante à discussão do conceito e alcance da *due diligence*, sugere-se a leitura da nova Lei Francesa sobre o tema ou *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*.

¹⁵ Vide relatório do Homa sobre Cadeias de Valor, disponível em: <http://homacdhe.com/index.php/2018/08/10/homa-analisa-os-impactos-das-cadeias-de-valor-na-responsabilizacao-das-empresas-por-violacoes-de-direitos-humanos-em-nova-publicacao>.

Cabe ressaltar, mais uma vez, que isso representa um retrocesso não só em relação ao documento da Campanha Global, mas também em relação aos Elementos, tendo em vista que estes, embora não conceituem expressamente as Cadeias de Valor, trabalham a noção de maneira mais satisfatória, utilizando-a ao longo do documento.

Mostra-se essencial, inegavelmente, a adição de um parágrafo único tratando da exigência de que os critérios adotados de jurisdição devam coibir a utilização do argumento de *forum non conveniens*. Tal previsão, desenvolvida pelo projeto da Campanha Global, está inclusive contida, embora brevemente, nos Elementos, porém nem sequer é abordada pelo *Draft Zero*. Ademais, a vedação da utilização da supracitada doutrina é essencial para a devida responsabilização das empresas por suas violações de Direitos Humanos, como é pretendido pelo Tratado. O professor Olivier De Schutter, ao participar da última (quarta) Sessão de negociação do Tratado,¹⁶ na condição de *expert*, a convite da presidência do Grupo Intergovernamental comentou a possibilidade de, na falta de um critério preciso de atribuição da jurisdição competente, utilizar-se a doutrina do *forum necessitatis*. O Homa já havia defendido essa tese em seu trabalho “As obrigações dos Estados de origem: suas obrigações extraterritoriais nas violações de Direitos Humanos por corporações transnacionais”.¹⁷

Por fim, devem estar previstos mecanismos de cooperação efetivos entre Estados, já existentes nos marcos normativos internacionais, como aqueles a serviço do combate à corrupção, incluindo, inclusive, critérios mais afinados com os preceitos de supremacia do Direito Internacional dos Direitos Humanos para facilitar a homologação de sentenças estrangeiras, e que tais expedientes não fiquem subordinados a conceitos indeterminados estabelecidos discricionariamente pelos Estados, como respeito à “ordem pública” e ao “interesse nacional”.

3.3 A previsão de mecanismos internacionais específicos para a reparação das violações de Direitos Humanos

O texto dos Elementos dispunha, como uma possibilidade dentre os mecanismos internacionais de reparação, a previsão de uma Corte Internacional para julgar violações de Direitos Humanos cometidas por empresas. A proposta da Campanha Global sugere a criação de um Centro de Monitoramento de Empresas Transnacionais que seria responsável por avaliar, investigar e inspecionar as atividades de empresas transnacionais e suas práticas, composto, conjuntamente, por representantes de Estados, movimentos

¹⁶ Os relatos da quarta Sessão deverão ser disponibilizados pela Presidência do Grupo Intergovernamental no website do Conselho de Direitos Humanos em breve.

¹⁷ Disponível em: <http://homacdhe.com/index.php/pt/documentos/>.

sociais e comunidades afetadas, além de outras organizações da sociedade civil. Também é defendida a criação de uma Corte Internacional para julgar violações de Direitos Humanos cometidas por empresas transnacionais. Esse aparato institucional poderia se fundamentar na experiência da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar de 1982, ou Convenção de Montego Bay, basicamente na sua Parte XV e na Seção V da Parte XI, além de seu Estatuto, que figura no Anexo VI da Convenção. Dessa forma, o estabelecimento de uma Corte para transnacionais teria sua previsão contida em um Anexo futuro do Tratado Internacional sobre TNCs e Direitos Humanos.

Apesar da criação de um outro órgão jurisdicional, hoje, no sistema internacional representar grandes desafios políticos e econômicos, e não ter sido prevista no *Zero Draft*, acredita-se, neste trabalho, que esse seja o caminho a ser percorrido. Chega-se a tal conclusão analisando-se as dificuldades de se adequarem os Estatutos existentes que regulamentem as Cortes permanentes. Observa-se o caso do Estatuto de Roma, conforme já chegou a ser cogitado por alguns analistas da temática, as regras de funcionamento do Tribunal restringiriam a responsabilidade das empresas aos crimes de lesa humanidade, ou *gross violations*, deixando à margem os direitos econômicos, sociais e culturais, majoritariamente violados pelas corporações. Ou mesmo a Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos, pois apesar do reconhecimento da empresa como detentora de obrigações em matéria de Direitos Humanos não ser estranha à convencionalidade do Sistema Interamericano e suas diretrizes, prevê-las como legitimadas passivas pela Corte já seria um desafio maior.

Dessa forma, a Corte sobre transnacionais teria a competência para receber, investigar e julgar denúncias contra empresas transnacionais por violações de Direitos Humanos previstos no Tratado Internacional. A Corte zelaria pelos direitos de indivíduos e comunidades afetadas pelas operações das transnacionais, o que incluiria garantir reparação integral, impondo sanções às empresas e a seus diretores/gerentes. As sentenças da Corte seriam vinculantes e irrecorríveis, assim como sua jurisdição se aplicaria de maneira subsidiária à jurisdição dos Estados.

4 Conclusão

Pode-se concluir das análises aqui realizadas que o papel do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos para a conformação das diretrizes a serem implementadas, tanto em âmbito nacional quanto internacional, sobre Empresas e Direitos Humanos é fundamental. Ao realizar a sua leitura coadunada com o acúmulo normativo do Sistema sobre as lacunas históricas com relação à regulamentação da atividade empresarial e o seu potencial de violar Direitos Humanos, aumentam as possibilidades

de uma adoção mais abrangente de tais normas pelos Estados da região, em maioria detentores de territórios onde se multiplicam empreendimentos de empresas transnacionais.

Chama-se atenção, no entanto, para a necessidade desse esforço também ser conciliatório com os debates em curso no Sistema Global, mais especificamente no âmbito do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em que a constatação de brechas ainda remanescentes da adoção dos Princípios Orientadores, em 2011, teria levado à adoção da Resolução 26/9, em 2014, dando início ao processo de negociação de um Tratado sobre empresas transnacionais e Direitos Humanos.

Considera-se que a contribuição do Sistema Interamericano, em grande parte, seria exigir dos Estados a produção de normas mais eficazes com relação à responsabilização de empresas transnacionais por violações de Direitos Humanos, com a participação primordial de atingidos e atingidas por essas violações. Tais normas devem conter um *standard* mínimo, como a supremacia do Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre quaisquer acordos, nacionais e internacionais, de natureza econômica; devem reconhecer obrigações diretas para as empresas, tanto na esfera civil quanto penal e administrativa, promovendo mecanismos judiciais eficazes para as reparações, tendo como princípio norteador a centralidade do sofrimento da vítima, o acesso à justiça ampliado, e que ainda revejam a lógica empresarial da *due diligence*. Deve-se estimular, por fim, que esses esforços nacionais sejam complementados pela adesão a um futuro Tratado Internacional sobre Empresas Transnacionais e Direitos Humanos, que disponha, minimamente, sobre os aspectos anteriores, e também a respeito das dimensões da extraterritorialidade da atividade transnacional e mecanismos internacionais suplementares de reparação.

Referências

ALLENDE, S. **Salvador Allende**. Naciones Unidas, 1972. Disponível em: <http://www.abacq.net/imaginaria/cronolo4.htm>.

ANGELUCCI, P. D.; ROLAND, M. C. O processo de elaboração do tratado de direitos humanos e empresas: uma oportunidade de superação da perspectiva estadocêntrica adotada pelo direito internacional público. *In*: CONGRESSO DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), 25., 2016, Curitiba. **Anais [...]**. Curitiba: CONPEDI, 2016. Disponível em: <http://homacde.com/wp-content/uploads/2017/03/O-PROCESSO-DE-ELABORA%C3%87%C3%83O-DO-TRATADO-DE-DIREITOS-HUMANOS-E-EMPRESAS-1.pdf>.

ARAGÃO, D. M. **Responsabilidade como legitimação**: capital transnacional e governança global na organização das Nações Unidas. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2010. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.pucRio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=17468@1.

ARAGÃO, D. M.; ROLAND, M. C. The need for a treaty: expectations on counter-hegemony and the role of civil society. *In*: BILCHITZ, D.; DEVA, S. **Building a treaty on business and human rights**. Context and contours. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

BILCHITZ, D. A chasm between “is” and “ought”? A critique of the normative foundations of the SRSG’s Framework and the Guiding Principles. *In*: BILCHITZ, D.; DEVA, S. **Human rights obligations of business**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BRAUDEL, F. **História e Ciências Sociais**. Lisboa: Editorial Presença, 1972.

CANÇADO TRINDADE, A. A. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. *In*: ANNONI, D. (org.). **Os novos conceitos do novo direito internacional**: cidadania, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2002.

DE SCHUTTER, Olivier. **The Elements for the draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights**: a comment. [S. l.]: Université Catholique de Louvain, 2017. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/OralInterventions/OlivierDeSchutterSubject3.pdf>.

DEVA, S. **Corporate human rights violations**: a case for extraterritorial regulation. Handbook of the Philosophical Foundation of Business Ethics. New York: Springer, 2012.

_____. Treating human rights lightly: a critique of the consensus rhetoric and the language employed by the Guiding Principles. *In*: BILCHITZ, D.; DEVA, S. **Human rights obligations of business**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

FAGUNDES, G. L. M. G. (ed.). Supply chains and the impacts on the discussions on Human Rights and Business. **Cadernos de Pesquisa – Homa**, v. 1, n. 5, 2018. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2018/10/Cadernos-de-pesquisa-Homa-Cadeias-de-Valor-EN.pdf>.

_____. National Action Plans on Business and Human Rights in Latin America. Analysis of Colombia, Mexico and Chile. **Cadernos de Pesquisa – Homa**, v. 1, n. 4, 2018. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2018/10/Caderno-de-Pesquisa-Homa-Planos-Nacionais-de-A%C3%A7%C3%A3o-EN.pdf>.

FLORES, J. H. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GARCIA MUÑOZ, S. **Presentación sobre derechos humanos y empresas**. Relatoria especial sobre derechos económicos, sociales y culturales de la comisión interamericana de derechos humanos. Sesión extraordinaria. [S. l.]: CAJP, Empresas y Derechos Humanos. 21 feb. 2018. Disponível em: <http://scm.oas.org/pdfs/2018/CP38733T.pdf>.

GLOBAL CAMPAIGN. **Treaty on transnational corporations and their supply chains with regard to human rights**. 2017. Disponível em: www.stopcorporateimpunity.org.

GUAMÁN, A. MORENO, G. **El fin de la impunidad**. La lucha por un instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y derechos humanos. Ulzama: Icaria editorial, 2017.

HOMA. Centro de Direitos Humanos e Empresas da UFJF. **The campaign draft “treaty on human rights and transnational corporations and supply The chain” and the OEIGWG chairmanship elements for a legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights**. A comparative analysis, 2017 Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2017/10/COMPARATIVE-ANALYSIS.pdf>.

NOLAN, J. Human Rights and Global Corporate Supply Chains: is effective supply chain accountability possible? *In*: BILCHITZ, D.; DEVA, S. **Building a treaty on business and human rights**. context and contours. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

OCDE. **International Enterprises Guidelines**. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.

OEIGWG Draft. **Elements for a Legally Binding Instrument on Transnational corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights**. 2017. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBES.pdf.

_____. **Legally Binding Instrument to Regulate, in Internacional Human Rights Law, the activities of transnational corporations and other business enterprises**. 2018. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/DraftLBI.pdf>.

RAJAGOPAL, B. **El derecho internacional desde abajo**. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo. Bogotá: ILSA, 2005.

RES A/HRC/RES/26/9. **Elaboração de um instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionais e outras empresas com respeito aos Direitos Humanos**, adotada com votação no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDH), em 26 de junho de 2014. Disponível em: <https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement>.

ZUBIZARRETA, J. H. **El tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales**. Una análisis desde la sociología jurídica. Madrid: Paz con Dignidad y OMAL, 2017.

ZUBIZARRETA, J. H; RAMIRO, P. *Against the 'Lex Mercatoria'*: proposals and alternatives for controlling transnational corporations. Madrid: OMAL, 2016.

6 O PAPEL DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NA PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS E O BRASIL

Helisane Mahlke¹

Resumo: O presente artigo versa sobre a contribuição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para o Direito Internacional dos Refugiados, sobretudo no Brasil, por ocasião dos vinte anos completos do reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil.

Palavras-chave: Sistema Interamericano. Refugiados. Proteção no Brasil.

Abstract: *This paper discusses the contribution of the Interamerican System of Human Rights for the International Refugee Law, specially in Brazil, in observance of the twenty years since the recognition of the Interamerican Court of Human Rights jurisdiction over the country.*

Keywords: *Interamerican System. Refugees. Protection in Brazil.*

I Introdução

A História do refúgio foi construída a partir dos escombros da Segunda Guerra, como resposta ao deslocamento forçado de milhares de pessoas vítimas do conflito que assolou o continente. Por essa razão, as normas referentes ao reconhecimento do *status* de refugiado possuíam, em sua gênese, uma limitação geográfica e temporal, destinavam-se à proteção dos refugiados europeus provenientes da Segunda Guerra Mundial somente. Nesse contexto, foi criado em 1950 o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e, no ano posterior, a Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951. Tal limitação somente seria suprimida com o advento do Protocolo Adicional de 1967. Na atualidade, os dados mostram que o número de pessoas deslocadas forçosamente não apenas aumentou de forma exponencial,² como também diversificou-se tanto quanto as suas causas quanto as suas origens geográficas.

Primeiro, cabe definir quem é o refugiado, segundo a Convenção de 1951. Deve ser reconhecido o *status* de refugiado a toda pessoa que, de acordo com o artigo 1º do citado Estatuto Internacional,

¹ Doutora em Direito Internacional (USP), professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

² Segundo dados do ACNUR, existem, atualmente, 68.500.000 de pessoas deslocadas forçadamente no mundo. Fonte: ONU. UNHCR. Trends at a Glance. **Global Trends Forced Displacement in 2017**. [s. l.], p. 2. Disponível em: <http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5b27be547/unhcr-global-trends-2017.html>. Acesso em: 17 nov. 2018.

receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar.

A definição clássica, cunhada pela Convenção de 1951, tem importante ampliação no âmbito regional latino-americano, no marco da Declaração de Cartagena, de 1984, que determina que também devem receber esse *status*

pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

A construção do marco regional de proteção foi seguida pelo Programa e Ação do México, dez anos depois, e pela Declaração de Brasília, assinada 30 anos depois de Cartagena, pelos países da região. Essa definição mais ampla de refugiado diferencia a América Latina de outras regiões no que se refere à proteção desses indivíduos, pois há a possibilidade de suprimir a comprovação do vínculo estrito ou individual da perseguição, bastando comprovar o contexto de grave generalizada violação de direitos humanos no qual o solicitante estava inserido, para ensejar o seu pedido de refúgio.

O marco da Declaração, chamado de “espírito de Cartagena”, permite, também, a possibilidade de se discutir a inclusão de outros processos de migração forçada no conceito de “graves e generalizadas violações de direitos humanos” e, assim, buscar a proteção de outras categorias de migrantes que, hoje, não possuem norma que os alcance. Todavia, esse legado, que repercutiu sobre a legislação de vários países latino-americanos, precisa ainda ser consolidado, uma vez que os Estados resistem a aplicar essa definição extensivamente a outras categorias de migrantes forçados que, apesar de serem oriundos de uma situação de grave e generalizada violação de direitos humanos, não contêm, em sua condição, o elemento do “fundado temor de perseguição”. Assim, as mesmas legislações que adotam o “espírito de Cartagena”, por outro lado, restringem sua interpretação.

A situação no continente americano é complexa, conforme se pretende analisar. O Brasil, maior país da América Latina, tem um papel decisivo nas questões que envolvem

a mobilidade humana na região. Porém, apesar de sua dimensão e importância econômica no continente, vem se furtando a esse papel, ou ao menos, não tem contribuído tanto quanto poderia no contexto migratório regional. Assim, no ano em que o país completa 20 anos do reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cabe refletir como o Sistema Interamericano tem contribuído para aprimorar a política migratória na região e, principalmente, como o Brasil se insere nesse contexto político e normativo respondendo aos *standards* estabelecidos pelo Sistema quanto aos direitos da população migrante, de modo geral e, em especial, quanto aos refugiados.

Para construir essa reflexão, primeiro será analisada a regionalização da proteção dos refugiados e como o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos procura atender às características e necessidades da mobilidade humana na região. Essa análise se dará, principalmente, a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e de sua contribuição para o aprimoramento da proteção regional dos refugiados. Por fim, como o Brasil responde aos *standards* estabelecidos pela Corte, a partir da interpretação dos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, à qual o Brasil se submete.

2 A regionalização da proteção aos refugiados e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

As peculiaridades da mobilidade humana nas diferentes regiões do globo, suas causas e características originaram um conjunto de normas, vinculadas ou não às instituições regionais, que buscavam adaptar o regime internacional às necessidades locais. Todavia, segundo Fischel de Andrade,³ os desenvolvimentos normativos e institucionais regionais não surgiram para substituir os de caráter universal, mas para complementá-los, quando necessário. Por isso, é essencial que os fenômenos regionais sejam analisados em paralelo e nunca à exclusão dos universais.

Pode-se dizer que a construção de perspectivas e sistemas regionais de proteção ocorre com o intuito de mitigar as lacunas da Convenção de 1951 com relação à migração forçada contemporânea e adaptar as normas e regimes internacionais ao contexto regional da migração forçada, sem afastar a importância destes, os quais consolidaram princípios basilares da proteção dos refugiados, mas dialogando com eles, para a construção de uma proteção mais efetiva.

³ ANDRADE, José Henrique Fischel de. Regionalización y Armonización del Derecho de los Refugiados: una perspectiva latinoamericana. In: ONU. ALTO COMISSARIADO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (org.). **Derechos Humanos y Refugiados en las Américas**: lecturas seleccionadas. San José: ACNUR/IIDH, 2001c, p. 77-78.

Em perspectiva, escreve Juan Carlos Murillo Gonzáles⁴ que o desenvolvimento da mobilidade humana nas Américas segue a mesma tendência mundial, apesar de não representar fluxos tão significativos quanto em outras partes do mundo⁵, apresenta período de expansão e de aumento de políticas migratórias restritivas, assim como crescimento da securitização da mobilidade humana, e do controle nas fronteiras. Observa o autor, que é preciso lhe conferir maior atenção e visibilidade, muitas vezes negligenciada pelas autoridades nacionais e internacionais, em face de fluxos migratórios de outras partes do globo, compreendendo sua complexidade e entendendo as dinâmicas que ele encerra, para que se possa proporcionar aos migrantes, de modo geral, a proteção de que eles necessitam.⁶

Paralelamente à proteção dos refugiados e à adesão de vários países da América Latina à Convenção de 1951, é importante ressaltar que preexistia, no subcontinente, a tradição de concessão de asilo político,⁷ instituto que foi e continua sendo fundamental diante de períodos de instabilidade política, da opressão de regimes ditatoriais e da violência de grupos beligerantes. Essa tradição do asilo político, acabou por consolidar-se nas Constituições dos países latino-americanos, entre eles o Brasil,⁸ coexistindo com o instituto do refúgio no ordenamento jurídico da maioria dos países da região.

Esses dois institutos, que se assemelham sobretudo no que se refere à proteção de indivíduos que sofrem perseguição política, desenvolveram-se em paralelo, como um traço peculiar latino-americano, mas possuem uma diferença significativa quanto à sua gênese e natureza jurídica.⁹ O asilo é tido como uma concessão do Estado, uma prerrogativa de sua soberania destinada a quem ele busca proteger segundo suas afinida-

4 O autor explica as características do fluxo migratório na região, mencionando situações que envolvem perseguição e violações de direitos humanos que produzem refugiados e outras pessoas que necessitam de proteção; sequestro e extorsão, retaliação da população civil em contexto de conflito armado, o recrutamento forçado de menores, uso da violência sexual e de gênero como instrumento de guerra. Também, as vítimas de tráfico de pessoas, crianças desacompanhadas, vítimas do crime organizado transnacional, como gangues e redes de narcotráfico, assim como pessoas sobreviventes de casos de "limpeza social" como o caso "niños de la calle". Fonte: GONZÁLES, Juan Carlos Murillo. El derecho de asilo y la protección de los refugiados en el continente americano. In: XXXIV Curso de Derecho Internacional: Aspectos Jurídicos del Desarrollo Internacional, Organización de los Estados Americanos: Departamento de Derecho Internacional, 2008, p. 421.

5 Segundo dados do ACNUR há um total de 644.000 refugiados no Continente Americano como um todo. Disponível em: <http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5b27be547/unhcr-global-trends-2017.html>. Acesso em: 17 nov. 2018.

6 GONZÁLES, *op. cit.*, p. 168.

7 A tradição do asilo no subcontinente latino-americano remonta ao Tratado de Direito Penal Internacional de Montevideú, de 1889; além da Convenção sobre Asilo assinada na VI Conferência Pan-americana de Havana, em 1928. No âmbito da própria Organização dos Estados Americanos, temos a Convenção sobre Asilo Territorial, de 1954.

8 O asilo está presente na Constituição Federal de 1988 como um dos princípios que regem as relações internacionais do país, no art. 4º, inc. X.

9 Além das diferenças citadas, tem-se que para o reconhecimento do *status* de refugiado basta o fundado termo de perseguição; já para o asilo, é necessário que haja comprovação do vínculo de perseguição individual e efetiva. Enquanto o refúgio possui um caráter humanitário, o asilo teria um caráter político, ou seja, seria um instrumento da política internacional do Estado que concede. É importante ressaltar, também, que o refúgio pode estender-se a outras causas de perseguição, como raça, religião, nacionalidade e pertença a grupo social. O asilo, restringe-se à perseguição por opinião política.

des e interesses políticos. Por outro lado, o refúgio afirmou-se como um direito humano, devendo ser apenas declarado e não constituído pelo Estado, tratando-se, portanto, do reconhecimento de um direito, por parte do Estado, e não uma concessão. A correlação entre esses dois institutos será abordada mais tarde, em face da jurisprudência da Corte Interamericana.

Mas, antes de adentrar em tal discussão jurídica, cabe compreender como se forma o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e sua estrutura institucional e normativa, assim como o papel dos seus principais órgãos, na construção do sistema regional de proteção. Observa-se que o Sistema surge a partir da Organização dos Estados Americanos (OEA)¹⁰ que, em seu Tratado Constitutivo, já estabelece a Competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos,¹¹ com a função de verificar eventuais violações de direitos humanos cometidas pelos Estados-membros da Organização, servindo como um órgão consultivo desta em relação à matéria. Mas, esse papel era limitado. Foi somente com o advento da Convenção Americana de Direitos Humanos¹², que a Comissão adquiriu um papel mais relevante.¹³

Atualmente, a Comissão Interamericana pode ser considerada um mecanismo de caráter político, porém com um papel quase-judicial, especialmente pelo seu poder de emitir recomendações para os Estados. Tais recomendações impõem aos Estados o dever de empreender ações que as tornem efetivas,¹⁴ mas não geram uma obrigação juridicamente vinculante. Apesar disso, tais recomendações constituem instrumentos políticos importantes que, no âmbito da integração, pode constranger Estados violadores a cessarem suas práticas abusivas, ou mesmo fazer com que revejam suas políticas migratórias de modo que se tornem mais humanas.¹⁵

10 A Organização dos Estados Americanos foi fundada em 1948 e seu Tratado Constitutivo, a Carta de Bogotá, está em vigor desde 1951.

11 Segundo o artigo 106 da Carta de Bogotá: "Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria. Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria."

12 Pacto de San José da Costa Rica, promulgado em 1969. O Brasil ratificou em 1992.

13 Segundo a inteligência do Capítulo VII da Convenção Americana de Direitos Humanos, cabe à Comissão receber as petições individuais das vítimas de violações de Direitos Humanos e realizar o juízo de admissibilidade destas, oferecendo recomendações aos Estados e, eventualmente, judicializando casos paradigmáticos encaminhando-os à Corte Interamericana.

14 As Recomendações da Comissão representam diretrizes para guiar as políticas estatais em relação a questões sensíveis aos direitos humanos, sob a égide da Convenção Americana e outros documentos que compõem o arcabouço jurídico do Sistema Interamericano. Para corroborar este entendimento, ver a Decisão da Corte Interamericana no Caso Loaysa Tamayo v. Peru, Série C, nº 33, § 80, julgado em setembro de 1997.

15 Faz referência a dois casos importantes levados à Comissão para ilustrar esse importante papel na proteção dos direitos humanos dos refugiados: Decisão da Comissão Interamericana quanto ao mérito do Caso nº 10.675 v. Estados Unidos de março de 1997: os Estados Unidos violaram o artigo 22.7 da Convenção Americana ao negar a cidadãos haitianos o direito de ter acesso ao procedimento de solicitação de asilo e a denegação do *status* de refugiado. Em outro caso, John Doe e outro v. Canadá, (Relatório nº 78/11, Caso 12.586) de 21 de julho de 2011: que trata principalmente do direito de solicitar asilo e ter acesso ao devido procedimento. Ambos os casos, também, referem-se à violação do princípio do *non-refoulement* previsto no art. 22.8.

Em adição, é importante mencionar que, ainda no âmbito da competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, há o destacado papel das Relatorias Especiais, de maneira pontual ao tema em análise, a Relatoria sobre os Direitos dos Migrantes,¹⁶ cuja função é de promover e garantir os direitos dos migrantes e suas famílias, refugiados, solicitantes de asilo, deslocados internos, apátridas e vítimas de tráfico de pessoas. O seu mandato compreende a função de elaborar relatórios sobre a situação das pessoas em questão; conscientizar os Estados quanto às suas obrigações em respeitar os direitos dessas pessoas; elaborar estudos e recomendações aos Estados-Membros da OEA para a promoção e proteção de direitos; monitorar a situação dos direitos humanos dessas pessoas e dar visibilidade a eventuais violações, como também, atuar quanto a petições, cautelares e medidas provisórias deliberadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Mas é a Convenção Americana de Direitos Humanos que, além de ser caracterizada pela sua amplitude na proteção dos direitos humanos, realmente confere vida ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Pois, além de dar nova face à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, aprimorando e aprofundando seu papel, a Convenção cria um órgão judicial de proteção a esses direitos na região, capaz de interpretar suas normas e garantir-lhes a efetividade: a Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹⁷

A Corte, à semelhança de outros Tribunais internacionais, possui competência consultiva e contenciosa. No exercício de sua competência consultiva, a Corte, por meio de seus pareceres, pode dirimir quaisquer dúvidas sobre o conteúdo da Convenção Americana, conferindo-lhe interpretação definitiva, como órgão legítimo para tal papel. Podem provocar a competência consultiva da Corte os Estados que ratificaram a Convenção, outros Estados Parte da OEA e demais órgãos da OEA.

Já quanto à competência contenciosa, somente a Comissão Interamericana, a quem compete realizar o juízo de admissibilidade das denúncias a ela submetidas pelas vítimas, e os Estados Partes que tenham submetido-se à Declaração, aceitando a jurisdição contenciosa, podem trazer casos perante a Corte (legitimidade ativa), assim como somente Estados que tenham reconhecido sua jurisdição podem ser por ela julgados (legitimidade passiva).

É importante ressaltar, todavia, que nem todos os Estados-Membros da OEA abraçaram o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Dessa forma, pode-se considerar

¹⁶ A Comissão criou a Relatoria para os Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas Famílias no 92º Período de Sessões e a Relatoria para Deslocados Internos no 91º Período de Sessões, ambos em 1996.

¹⁷ A Corte é o organismo judicial do Sistema Interamericano, o qual, segundo disposição do art. 61, § 3º da Convenção Americana de Direitos Humanos "tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial".

que existem diferentes níveis de adesão ao Sistema, a saber: a) Em primeiro lugar, há um primeiro nível mínimo de adesão, àquele referente aos Estados-Membros da OEA, mas que não ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, que podem ser monitorados pela Comissão, segundo a competência que lhe é atribuída pela Carta da OEA; b) o segundo nível de adesão, refere-se aos Estados que ratificaram a Convenção Americana, mas não aceitaram a jurisdição contenciosa da Corte. Esses Estados estão obrigados às disposições normativas da Convenção Americana, mas as eventuais de violações de direitos humanos por eles cometidas são resolvidas apenas pelos mecanismos políticos da OEA; c) por fim, o nível mais profundo de adesão refere-se àqueles Estados que reconheceram a jurisdição contenciosa da Corte, comprometendo-se não apenas ao cumprimento das disposições da Convenção, mas a acatar o julgamento da Corte nos casos dos quais sejam parte. Essa diferenciação é importante para se estabelecer os limites jurisdicionais do Sistema e o alcance de sua efetividade.

Contudo, apesar da resistência dos Estados, mesmo daqueles que se comprometem com a totalidade do Sistema, em tornar suas normas e decisões efetivas, ele tem conquistado um lugar importante na afirmação dos direitos humanos, tradicionalmente reivindicados contra as distorções do poder dos Estados. Pode-se dizer que, se em um primeiro momento, o Sistema Interamericano foi criado como expressão da política estatal ao *compliance* internacional, ele tornou-se um instrumento para os cidadãos na busca de garantia de direitos, os quais são frequentemente negados ou negligenciados pelos mesmos Estados, inclusive em um contexto democrático em que se teria o dever de protegê-los. Um sistema criado por Estados, que foi sendo, paulatinamente, apropriado pela agenda de direitos humanos de indivíduos e grupos sociais que, se fossem restritos ao contexto nacional, talvez não encontrassem voz. Assim, apesar das críticas¹⁸ dispensadas ao Sistema Interamericano, ele cumpre um papel inquestionavelmente relevante na proteção dos direitos humanos no continente.

Nesse mesmo sentido, o Sistema Interamericano tem se convertido em um mecanismo importante para o reconhecimento dos direitos humanos da população migrante na região, seja na busca pela harmonização das diversas legislações nacionais, ao adaptar a proteção aos princípios e necessidades regionais¹⁹, seja ao cobrar a responsabilidade dos Estados a ele vinculados quanto ao respeito a esses direitos. Diante dos grandes problemas enfrentados por refugiados, solicitantes de refúgio e deslocados internos na região, a importância do Sistema Interamericano está na construção de um conjunto

¹⁸ Essas críticas, frequentemente, referem-se à falta de transparência dos critérios utilizados pela Comissão Interamericana para a seletividade dos casos paradigmáticos que são encaminhados para julgamento à Corte e aqueles que se restringem aos meios políticos no âmbito da OEA.

¹⁹ ANDRADE, José Henrique Fischel de. Derecho de los Refugiados en America Latina: reflexiones sobre su futuro. In: NAMIHAS, Sandra. (coord.). **Derecho Internacional de los Refugiados**. Instituto de Estudios Internacionales. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Catolica del Peru, 2001, p. 94.

normativo e uma jurisprudência relevante,²⁰ agindo de maneira complementar aos instrumentos internacionais.²¹ Além disso, na ausência de mecanismos internacionais de supervisão e controle próprios do Direito Internacional dos Refugiados, os mecanismos regionais têm sido a única alternativa para cobrar a responsabilidade dos Estados em tornar os direitos desses indivíduos efetivos.

Antes, porém, de analisar a contribuição do Sistema Interamericano na proteção dos refugiados na região, cabe postular uma breve discussão sobre um aspecto normativo importante. A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê no parágrafo 7º de seu artigo 22, que trata do “direito de circulação e residência”, que “Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais”. Observa-se que o artigo se refere ao direito de solicitar e receber asilo político. Tal definição, a princípio, parece mais restrita que a definição clássica de refúgio, reverberando a tradição já existente na América Latina quanto ao instituto do asilo político. Por outro lado, percebe-se a menção ao direito do indivíduo de solicitar asilo e não a uma prerrogativa do Estado em concedê-lo. Portanto, cabe o questionamento, que será eventualmente analisado a partir da jurisprudência da Corte, qual a interpretação que deve ser atribuída a esse artigo? Seria uma alusão ao instituto latino-americano do asilo ou refere-se ao direito de solicitar refúgio? Haveria uma confluência dos termos na Convenção Americana de Direitos Humanos?

Em adição, é importante, também, referir o § 8º, que dispõe: “Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas”. Essa previsão, invoca um dos princípios essenciais do direito internacional dos refugiados: o princípio do *non-refoulement* (não devolução), que estabelece que o Estado não deve devolver aquele que solicite refúgio, ou que já tenha sido reconhecido como refugiado, a um local no qual sua integridade possa ser ameaçada. Essa previsão assemelha-se ao direito de

20 Conforme relata Murillo González, os órgãos de proteção de direitos humanos do Sistema Interamericano têm abordado casos referentes a vítimas de deslocamento forçado que envolvem diversos países da região. Esses casos revelam a existência de uma série de problemas envolvendo desigualdades nas garantias do devido processo legal nos procedimentos para a determinação do *status* de refugiado nos países da região, a falta de legislações nacionais adequadas, a detenção de solicitantes de refúgio, a precariedade das condições de acolhimento, violações do princípio da não devolução, as condições dos deslocados internos e o reconhecimento da responsabilidade dos Estados de sua responsabilidade se estende para além de suas fronteiras. GONZÁLES, J. C. Murillo. El Fortalecimiento de la Protección Internacional de los Refugiados através del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. In: XXXV Curso de Derecho Internacional de la OEA: “Nuevos Desarrollos del Derecho Internacional en las Américas, 2008, p. 326.

21 Vide Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 1993, Capítulo V, Título II, sobre “A Situação dos Refugiados e Deslocados Internos nas Américas”. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.Vb.htm#SITUACION DE LOS REFUGIADOS, DESPLAZADOS Y REPATRIADOS EN LAS AMERICAS>. Nela a Comissão reconhece a importância da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 como guias na proteção aos refugiados no continente.

ingresso garantido juridicamente ao refugiado, o único migrante que possui tal prerrogativa.²²

Essas questões foram discutidas pela Corte no caso Família Pacheco Tineo v. Bolívia, o primeiro caso que trata especificamente da situação de solicitantes de refúgio e seus direitos segundo a interpretação dos dispositivos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse importante precedente, a Corte estabelece *standards* necessários de proteção aos refugiados, em especial quanto ao procedimento de solicitação do *status* de refugiado conduzido pelos Estados Partes. Além disso, a Corte demonstra a intersecção do direito ao asilo previsto no artigo 27 da Convenção Americana e as normas internacionais sobre o direito dos refugiados. Na sentença proferida, a Corte, em uníssono com a posição adotada pela Comissão Interamericana, condena a Bolívia por violações especialmente do artigo 22, §§ 7 e 8 da Convenção Americana, considerando falhas no procedimento de solicitação do reconhecimento do *status* de refugiado e pelo tratamento dispensado aos solicitantes, fazendo, invocando, inclusive, em sua decisão, as disposições da Convenção de 1951.²³

Em breve descrição, o caso versa sobre a situação de uma família peruana que teve de abandonar seu país de origem devido à perseguição sofrida durante o governo Fujimori, ocasião na qual o Sr. Pacheco havia sido injustamente acusado de terrorismo. A família buscou refúgio na Bolívia, pela primeira vez, em 1996 onde teve o *status* reconhecido. Porém, sofreram várias violações de direitos humanos durante sua permanência naquele país e, sob alegada pressão, assinaram uma declaração optando pela repatriação voluntária. Porém, não retornaram ao Peru e solicitaram refúgio no Chile, que lhes reconheceu o *status* de refugiados (no ano de 1998). No ano de 2001, a família entrou na Bolívia e enfrentou o Serviço Nacional de Migração. Seus documentos foram retidos e a sr.^a Fredesvinda foi arbitrariamente detida. A Bolívia absteve-se de atender à nova solicitação de refúgio, apesar de ter reconhecido o *status* de refugiado anteriormente. A família requereu a repatriação para o Peru, em razão da situação precária sob a qual se encontrava na Bolívia. Após uma deliberação sumária, o Comitê Nacional para Refugia-

²² A Convenção de 1951 estabelece em seu artigo 33, que trata da proibição de expulsão ou de rechaço, "1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas".

²³ Reproduz-se um trecho da sentença no qual fica evidente a intersecção entre os institutos: "§ 154. El derecho de buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana, leído en conjunto con los artículos 8 y 25 de la misma, garantiza que la persona solicitante de estatuto de refugiado sea oída por el Estado al que se solicita, con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo." [...] "§ 158. En efecto, diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos han incorporado estándares en su normativa interna en materia de refugiados que se encuentran reconocidos en la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, inclusive con sustento en lineamientos establecidos por ACNUR. De este modo, la normatividad interna de Argentina, Belice, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela refleja un creciente consenso en la región en cuanto a que la protección de los refugiados y solicitantes de ese estatuto a nivel interno sea regulada de conformidad con las disposiciones del Derecho Internacional sobre Refugiados, de modo que deba realizarse a través de autoridades competentes y previamente establecidas, mediante procedimientos específicos y que respeten garantías del debido proceso".

dos da Bolívia não lhes reconheceu o *status* de refugiados e eles foram deportados para o Peru.

Após a análise da admissibilidade do caso, a Comissão encaminhou-o para julgamento perante a Corte Interamericana. A posição da Comissão Interamericana²⁴ foi pela constatação de uma série de violações cometidas pelo Estado boliviano. Segundo a Comissão, esse Estado violou os seguintes direitos das vítimas: garantias de acesso à justiça (art. 8); direito à proteção judicial (art. 25); direito de solicitar asilo/refúgio (art. 22, § 7º); preservação da integridade física e mental (art. 5, § 1º); não observação do dever de proteção às crianças (art. 19) e da família (art. 17), contidos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, a Comissão fez referência ao art. 33 da Convenção de 1951, ao art. 22, § 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos e ao art. 13 da Convenção contra Tortura, que versam sobre a violação do princípio do *non-refoulement*.

Em sua defesa, o Estado boliviano alegou que não violou a Convenção Americana de Direitos Humanos, justificando com os seguintes argumentos: a) a família Pacheco entrou na Bolívia ilegalmente, onde eles não detinham mais o reconhecimento do *status* de refugiado, pois haviam sido “voluntariamente” repatriados para o Peru três anos antes (art.1, § 1º, c da Convenção de 1951)²⁵; b) A família Pacheco não mencionou às autoridades que seus membros haviam sido reconhecidos como refugiados pelo Chile e não apresentaram elementos suficientes que oferecessem suporte à solicitação de refúgio na Bolívia; c) A sr.^a Tineo Godos fora liberada por meio de um *habeas corpus*.

Em sua decisão,²⁶ a Corte Interamericana considerou a Bolívia responsável pelas violações²⁷ contra a família Pacheco Tineo, em especial quanto aos artigos 22, § 7º (direito a buscar e receber asilo); os direitos às garantias judiciais 8 e 25 e a violação ao princípio do *non-refoulement*, contido no § 8º do artigo 22. De modo relevante, a sentença da Corte, no caso, consolida importante jurisprudência no que tange ao procedimento adequado do reconhecimento do *status* de refugiado, dispondo que este deve conter um padrão adequado que garanta aos solicitantes o pleno direito de buscar refúgio e que este não pode ser obstaculizado por procedimentos inadequados quanto aos princípios fundamentais da justiça que é o acesso à justiça e o devido processo legal.²⁸ Assim, a

²⁴ A apresentação da petição perante a Comissão ocorreu em 25 de abril de 2002 (Petição nº 12.474); o Informe de admissibilidade (nº 53/04) foi promulgado em 13 de outubro de 2004 e o Informe de mérito foi emitido em 31 de outubro de 2011. A remissão do caso à Corte Interamericana ocorreu em 21 de fevereiro de 2012.

²⁵ A Bolívia é Estado-Membro da Convenção desde 2000.

²⁶ A sentença foi proferida em 25 de novembro de 2013. A Corte emitiu resolução declarando cumpridas todas as recomendações e reparações impostas ao Estado boliviano em 17 de abril de 2015.

²⁷ Além dos artigos mencionados a Corte também condenou o Estado boliviano pelas violações aos artigos 22, §§ 7 e 8; 25; artigos 17 e 19; e artigo 8, § 1º, e absolveu quanto às alegações de violação ao artigo 5, § 2º da Convenção, que trata sobre a preservação da integridade física.

²⁸ Crítica quanto ao Procedimento Sumário adotado pela Bolívia. O solicitante de asilo deve ser entrevistado pela autoridade competente (Resolução nº 30 do ACNUR).

Corte estabelece parâmetros para um processo justo de reconhecimento do *status* de refugiado, que atenda aos princípios do respeito aos direitos humanos dos solicitantes, entre eles um tratamento digno e, também, o acesso à justiça. Dessa forma, a jurisprudência do Caso Família Pacheco Tineo v. Bolívia fixa *standards* de tratamento que devem ser dispensados aos solicitantes de refúgio, os quais devem ser observados pelos países que fazem parte da jurisdição da Corte, inclusive pelo Brasil.

Outra posição importante estabelecida pela jurisprudência da Corte neste caso é a afirmação do princípio do *non-refoulement*, não apenas pela disposição do artigo 22, § 8º, mas também pela discussão sobre a prática de utilizar a repatriação supostamente voluntária para mascarar a expulsão ou deportação sumária dos solicitantes de refúgio. A Corte, contudo, exime-se de avaliar se realmente se trata de uma repatriação voluntária ou induzida.²⁹ Além disso, em suas alegações a Comissão defende que “de acordo com o artigo 22, § 7º e § 8º da Convenção, uma repatriação voluntária no passado não deve impedir uma pessoa de solicitar asilo posteriormente, pois deve considerar seriamente as circunstâncias de risco potencial dos solicitantes em qualquer caso.”³⁰

Outra questão importante suscitada pela jurisprudência do caso em questão é se a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 22, § 7º, prevê o direito subjetivo ao asilo, ou se este continua legado a concessão do Estado.³¹ O direito de receber asilo tem sido interpretado por alguns jus internacionalistas como uma indicação de que a Convenção Americana reconhece o direito subjetivo ao asilo, o que representaria uma evolução na direção da proteção dos direitos humanos no contexto da mobilidade humana. Além disso, estabelece-se uma semelhança com o direito de solicitar refúgio, um direito do indivíduo, segundo a Convenção de 1951. Há, também, semelhança com a redação do artigo 14, § 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos, em que se afirma “Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países”. Diante dessas ponderações, cabe questionar se o direito de “buscar e receber” asilo, previsto na Convenção Americana, também se refere ao reconhecimento de um direito subjetivo ao asilo e, por consequência, à obrigação dos Estados ratificantes em outorgá-lo. O que se pode concluir é que a Corte estabelece uma relação entre o artigo 22.7 e o 22.8, previstos no Pacto de San José, e o procedimento do reconhecimento do *status* de refugiado, inclusive fazendo menção à Convenção de 1951 em sua sentença, o que configura o estabelecimento de uma conexão entre o Direito Internacional dos Refugiados e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

²⁹ Vide § 176 da Sentença da Corte.

³⁰ Vide § 117 da Sentença (tradução nossa, a partir do original em espanhol).

³¹ Fonte: VÉLEZ, Francisco Galindo. El Asilo en América Latina: uso de los sistemas regionales para fortalecer la protección de refugiados de las Naciones Unidas. In: UNHCR. **La Protección de los Refugiados en las Américas**. Quito, 2010, p. 206.

Contudo, a Corte abstém-se ao não se pronunciar claramente sobre o “dever” do Estado em reconhecer o direito ao asilo.³² A jurisprudência do Caso Família Pacheco Tineo v. Bolívia trata de questões importantes, porém sem atingir o cerne da discussão sobre refúgio, que é o reconhecimento do direito subjetivo. A Corte Interamericana furtou-se a assumir importante posição quanto a isso, evitando exercer o papel de “revisora” das eventuais decisões dos Estados sobre o reconhecimento do *status* de refugiado, limitando-se a discutir a justiça do procedimento e do tratamento dispensado aos solicitantes.

Cabe mencionar, também, de modo complementar, duas Opiniões Consultivas proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que também contribuem para a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos quanto aos direitos da população migrante de maneira geral. Muitos solicitantes, ao dirigirem-se ao país de refúgio o fazem sem documentação adequada, ou seja, em situação irregular. Característica comum àqueles que fogem de condições adversas ou que tentam se esquivar do agente perseguidor. Contudo, a Corte determina que a condição de irregularidade migratória, não deve ser obstáculo para que os direitos humanos desses indivíduos não sejam respeitados. A Opinião Consultiva nº 18 deixa clara essa questão. Nesse parecer,³³ a Corte analisa a situação jurídica dos migrantes irregulares, à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos, diante da situação de migrantes indocumentados que buscam em outros países melhores condições de vida e trabalho e, muitas vezes, acabam submetidos à exploração e condenados à supressão de direitos. Essa importante manifestação da Corte afirma o princípio da igualdade no tratamento entre nacionais e migrantes (independentemente de sua situação migratória) no que se refere à garantia de direitos.³⁴

Outra situação que também expõe a vulnerabilidade da população migrante é a situação de crianças desacompanhadas que buscam refúgio em outros países. A Opinião Consultiva nº 21³⁵, que versa sobre “os direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional”, busca estabelecer qual deve ser o tratamento adequado que os Estados receptores devem dispensar às crianças que

32 Conforme consta no § 170 da Sentença: “No corresponde a la Corte entrar a considerar si la familia Pacheco Tineo se encontraba, en efecto, en riesgo de violación a los derechos a la vida o libertad personal en el Estado peruano a causa de su raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas, en los términos del artículo 1. A de la Convención de 1951. Esa evaluación correspondía a la CONARE y no consta que este órgano la haya realizado, ni fue el fundamento de su decisión.” E, también, no § 197: “La Corte reitera que el derecho de buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana no asegura que deba reconocerse el estatus de refugiado a la persona solicitante, pero sí que su solicitud sea tramitada con las debidas garantías.”

33 Resolução de 17 de setembro de 2003.

34 Merece relevo a posição da Corte quanto à situação de vulnerabilidade à qual estão expostos esses trabalhadores migrantes em situação irregular contida no §112: “Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado”.

35 Parecer Consultivo solicitado por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai em julho de 2011. Resolução de 19 de agosto de 2014.

migram sem a companhia de seus genitores ou responsáveis. Evidentemente, deve-se considerar que esses indivíduos se encontram em uma situação de dupla vulnerabilidade, pela condição de refugiado e pela condição de criança, o que suscita especial atenção. No pedido de parecer consultivo, os países solicitantes (Brasil, Paraguai, Uruguai e Argentina) formularam diversas questões³⁶ a fim de provocar a manifestação da Corte sobre a situação de crianças migrantes no continente. Especificamente quanto ao direito de buscar e receber asilo contido no artigo 22, § 7º da Convenção Americana, a opinião estabeleceu qual deve ser o parâmetro de tratamento, em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos, em especial, em harmonia com os direitos garantidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos³⁷. Além disso, a Corte expressamente afirma que o direito de buscar e receber asilo é um direito subjetivo do indivíduo, devendo-se superar o entendimento de que este seria uma “mera prerrogativa estatal” (§ 73)³⁸, bem como reafirma a necessidade de preservação dos direitos das crianças (artigos 17 a 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos), dos quais não devem ser alijadas, independentemente de seu *status* migratório.

Após essa análise pontual, pode-se dizer que a jurisprudência da Corte Interamericana demonstra que é necessário observar um tratamento mínimo adequado em relação aos solicitantes de refúgio e também aos refugiados, em observância os direitos conti-

36 As questões apresentadas revelam situações enfrentadas pelos Estados para o tratamento devido destes menores: “1. Quais são os procedimentos que deveriam adotar-se a fim de identificar os diferentes riscos para os direitos de meninos e meninas migrantes, determinar as necessidades de proteção internacional; e adotar, se for o caso, as medidas de proteção especial que se requirem? 2. Quais são as garantias do devido processo que deveriam reger os processos migratórios que envolvem meninos e meninas migrantes? 3. Como deve interpretar-se [...] o princípio de última *ratio* da detenção como medida cautelar no âmbito de procedimento migratório quando estão envolvidos meninos e meninas que se encontram junto a seus pais, e quando estão envolvidos meninos/as não acompanhados ou separados de seus pais? 4. Que características devem ter [...] as medidas alternativas adequadas de proteção dos direitos da criança que deveriam constituir a resposta estatal prioritária para evitar qualquer tipo de restrição à liberdade ambulatoria? Quais são as garantias do devido processo que deveriam aplicar-se no procedimento de decisão sobre medidas alternativas à detenção? 5. Quais são as condições básicas que deveriam cumprir os espaços de alojamento de meninos/as migrantes, e quais são as obrigações principais que têm os Estados a respeito dos meninos e meninas (sós ou acompanhados) que se encontram sob a custódia estatal por razões migratórias [...]? 6. Quais são [...] as garantias do devido processo que deverão reger os processos migratórios que envolvem a meninos e meninas, quando nestes processos se apliquem medidas que restrinjam a liberdade pessoal das crianças? 7. Qual é o alcance e conteúdo do princípio de não devolução [...] ao adotar-se medidas que possam implicar o retorno de um menino/a a um país determinado? 8. Que características [...] deveriam ter os procedimentos a serem empregados quando se identifica um potencial pedido de asilo ou de reconhecimento da condição de refugiado de um menino/a? 9. Qual é o alcance que deveria conferir-se à proteção do direito dos meninos/as a não serem separados de seus pais nos casos em que poderia aplicar-se uma medida de deportação a um ou ambos progenitores, como consequência de sua condição migratória [...]?”

37 Vide os parágrafos 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 98, 99, 100, 101, 102 e 246 a 255 do parecer consultivo.

38 A Corte ainda estabelece que o direito ao asilo compreende outros direitos correlatos que deve ser reconhecidos nesse processo: § 81: “Este derecho a buscar y recibir asilo comporta, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, determinados deberes específicos por parte del Estado receptor, los cuales incluyen: (I) permitir que la niña o el niño pueda solicitar el asilo o el estatuto de refugiado, razón por la cual no pueden ser rechazados en la frontera sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo; (II) no devolver a la niña o al niño a un país en el cual puede sufrir riesgo de ser afectada su vida, libertad, seguridad o integridad, o a un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre dicho riesgo; y (III) otorgar la protección internacional cuando la niña o el niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar. Todo lo anterior conlleva, tal como ha resaltado previamente este Tribunal, el correspondiente derecho de los solicitantes de asilo a que se asegure una correcta evaluación por las autoridades nacionales de las solicitudes y del riesgo que pueda sufrir en caso de devolución al país de origen.”

dos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, entende-se que a Corte também dissolve a dicotomia entre a tradição do asilo na América Latina e o instituto do refúgio. Essa jurisprudência também estabelece outra importante prerrogativa, a de que os demais documentos que versam sobre os Direitos Humanos devem ser aplicados quando não houver norma específica que proteja esses direitos. A Corte faz isso quando dialoga com outras fontes normativas, que não aquelas de sua competência estrita. Assim, seguindo a tradição de outras Cortes Internacionais, a Corte Interamericana consagra a proteção complementar derivada da constatação de que o Direito Internacional dos Refugiados é parte integrante do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, portanto, compartilha com esta fonte seus princípios e normas.

3 Desafios à proteção dos refugiados no continente

Os desafios que caracterizam a mobilidade humana no continente americano são compostos por quatro fatores a destacar: a) os frequentes episódios de instabilidade política nos Estados da região; b) o crescimento da violência imposta por agentes privados promovido por gangues e o crime organizado; c) a intersecção entre diversas categorias de migração forçada, ou os chamados “fluxos migratórios mistos”; d) por fim, a falta de uma estrutura adequada na maioria dos países de acolhimento.

No que se refere à primeira situação, os países da região possuem um histórico de instabilidades políticas que, frequentemente, submetem suas populações a episódios de graves violações de direitos humanos. Na atualidade, destaca-se a questão venezuelana, que causou a migração forçada de milhares de pessoas fugindo da perseguição política e da opressão do governo, mas também da situação de extrema deterioração dos direitos sociais que atinge a população do país. O fluxo em massa de refugiados venezuelanos coloca em xeque, mais uma vez, as estruturas internas de recepção dos países da região, que se mostram despreparados para lidar com fluxos em massa.³⁹

Outro fator preocupante é o crescimento do crime organizado e das gangues no México e nos países da América Central. O que demonstra que o contexto de violência promovida por agentes privados também tem proporcionado o deslocamento forçado de milhares de pessoas em direção a outros países da região.⁴⁰ A caravana de milhares de pessoas, provenientes de países da América Central, que fogem da violência das

³⁹ Segundo dados do ACNUR de novembro de 2018, o número de migrantes e refugiados provenientes da Venezuela chega a 3 milhões. Disponível em: <http://www.unhcr.org/news/press/2018/11/5be4192b4/number-refugees-migrants-venezuela-reaches-3-million.html>. Acesso em: 17 nov.2018.

⁴⁰ O chamado “Triângulo Norte”, composto pelos Estados de Honduras, El Salvador e Guatemala concentra o maior número de assassinatos a cada 100.000 habitantes no mundo, excluindo-se as zonas de guerra. Fonte: INSTITUTO IGARAPÉ. **Observatório de Homicídios**. Disponível em: <https://igarape.org.br/apps/observatorio-de-homicidios/>. Acesso em: 17 nov. 2018.

gangues (“maras”), é um retrato da incapacidade dos governos locais de proporcionar segurança às suas populações. E o rechaço do governo americano à possibilidade de receber esses indivíduos não é um discurso novo e muito menos solitário, ao contrário, o crescimento da xenofobia é sentido nos países do continente que, historicamente, foi formado por populações migrantes.

Além das situações mencionadas, outra questão preocupante que a região enfrenta é a intersecção do refúgio com outras modalidades de migração forçada, como o tráfico de pessoas, a escravidão sexual, ou a exploração da mão de obra em condições análogas à escravidão, bem como a imigração irregular motivada por questões econômicas, que expõe à vulnerabilidade milhares de pessoas que se deslocam em busca de melhores condições de vida. Para realidades como essas, nem sempre existem legislações adequadas e é frequente a criminalização da mobilidade humana, desconsiderando seu caráter humanitário.

Outro aspecto refere-se aos problemas estruturais dos países da região, a maioria países em desenvolvimento, com seus dilemas sociais, gera uma desnecessária tensão entre o fluxo migratório e as populações nos países de acolhimento, que serve à manipulação do discurso político contrário à imigração, justificando a promoção de políticas restritivas aos direitos dos migrantes de modo geral. Refere-se como “desnecessária”, pois a falta de estrutura de acolhimento, ou mesmo de um tratamento adequado estabelecido por uma política migratória adequada às necessidades e características regionais é, muitas vezes, proposital. Se não preparou o pão para oferecer, você não pode dá-lo a quem bate à sua porta.

Por fim, é importante observar que, apesar dos diálogos interestatais pontuais, sejam eles bilaterais, multilaterais ou no âmbito de instituições regionais, não existe um regime de cooperação regional estabelecido para lidar com a mobilidade humana no continente, ou uma política regional específica. Por enquanto, a alternativa que se oferece àqueles que buscam dirimir as distorções e obstáculos na proteção oferecida pelos Estados é a judicialização de casos de violações de direitos humanos.

4 A posição do Brasil

O Brasil é parte da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951,⁴¹ mas não é um tradicional receptor de refugiados.⁴² Mesmo com o aumento do fluxo de solicitantes de refúgio nos últimos anos, o país recebe um número menor de indivíduos em comparação com outros países vizinhos.⁴³ Além das normas internacionais, o Brasil possui sua própria legislação nacional, a Lei nº 9.474, de 1997, que é considerada avançada em comparação a de outros países. O Estatuto Nacional dos Refugiados incorpora, inclusive, a definição ampla de refugiado contida na Declaração de Cartagena. A legislação nacional também estabelece que a proteção no país se baseia na interação entre três elementos que formam uma “estrutura tripartite”, composta pelo Governo (representado pelo Conare – Comitê Nacional para Refugiados⁴⁴), o ACNUR e a representação da Sociedade Civil (notadamente, a Caritas Diocesana).

É importante mencionar que o Brasil também reformou, recentemente, sua Lei Migratória, substituindo a anterior considerada anacrônica e retrógrada para os parâmetros atuais de proteção. A nova Lei Migratória,⁴⁵ apesar de suas limitações e das críticas à sua regulamentação, representa um avanço em relação às previsões anteriores, reconhecendo a condição especial dos solicitantes de refúgio e refugiados, sobretudo quanto à sua permanência regular no país.

Há 20 anos o Brasil reconhecia a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos,⁴⁶ abraçando o Sistema Interamericano de Direitos Humanos como um todo. Ao submeter-se a esse Sistema de Proteção, o Brasil daria um passo importante na consolidação de sua redemocratização a partir da década de 90 do século XX, que passou pela ratificação de importantes Tratados Internacionais de Direitos Humanos,⁴⁷ pela partici-

41 O Brasil incorpora ao seu ordenamento interno pelo Decreto nº 50.225, de 1961.

42 Segundo dados do ACNUR, há um total de 10.145 refugiados no Brasil, sendo que, destes, apenas 5.134 com registro ativo. Houve, no ano de 2017 um total de 13.639 pedidos de refúgio. Esse número desconsidera as solicitações vindas de venezuelanos, que foram responsáveis por mais de 17.000 pedidos de refúgio só no ano passado. Apesar dos números terem crescido nos últimos anos, ainda é bem menor do que aquele percebido em outras regiões do globo. ONU. Conare. **Refúgio em Números**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/>. Acesso em: 16 nov. 2018.

43 Para uma análise completa da distribuição dos refugiados em diversos países do mundo, verificar: ONU. ACNUR. **Relatório Global**. Disponível em: <http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5b27be547/unhcr-global-trends-2017.html>. Acesso em: 17 nov. 2018.

44 O Conare é um órgão colegiado formado por representantes do Ministério da Justiça (presidência), Ministério das Relações Exteriores (vice-presidência), Ministério da Saúde, Ministério da Educação, Ministério do Trabalho, Sociedade Civil. O ACNUR participa, porém sem direito a voto.

45 BRASIL. **Lei nº 13.445, de 22 de julho de 2017**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm.

46 A Declaração de reconhecimento foi depositada em 1998 e foi promulgada internamente pelo Decreto nº 4.463, de 2002.

47 Entre eles, a própria Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992.

pação ativa em fóruns e organizações multilaterais e pelo aprofundamento dos processos de integração regional, que havia ocorrido em anos anteriores.

Ao participar do Sistema Interamericano, o Brasil não apenas se submete às decisões proferidas pela Corte, mas também deve orientar as ações de seu governo, sua legislação e sua jurisprudência pelas disposições contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos e a interpretação que a Corte, como órgão legítimo para tanto, confere a ela. A responsabilidade internacional do Estado está alicerçada no respeito às normas internacionais, mediante o exercício do controle de convencionalidade que, por obrigação, deve ser primordialmente aplicado pela autoridade nacional.

Nos últimos anos, o fluxo de refugiados provenientes do Haiti⁴⁸ e, mais recentemente, da Venezuela denunciaram as falhas na estrutura de recepção do Brasil, questionando seu título (auto atribuído) de “país de acolhimento”. Essa demanda, desafiou as autoridades a uma resposta adequada à crescente demanda de solicitantes de refúgio. Porém, a dificuldade em lidar com um fluxo mais intenso de solicitantes de refúgio e visibilidade que ele ocasionou demonstrou a clara insuficiência da estrutura migratória e das políticas públicas destinadas à recepção daqueles que buscam proteção.

Apesar de o Brasil ainda não ter contra si nenhum caso de refúgio perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, cabe refletir como a jurisprudência da Corte repercute sobre o sistema de proteção aos refugiados no Brasil. Se tomarmos como paradigma a decisão da Corte no Caso Família Pacheco Tineo v. Bolívia, verifica-se a necessidade de respeitar padrões mínimos necessários para o procedimento do reconhecimento do *status* de refugiado. Observa-se, porém, que há falhas no procedimento nacional que vão desde a falta de uma ordem ou critério para apreciação dos pedidos, a ausência de um devido processo legal, contraditório e ampla defesa, como também a morosidade no processamento dos pedidos que faz com que o solicitante de refúgio fique relegado a um limbo jurídico até que sua situação se defina. Segundo os parâmetros da Corte, essa situação pode ser definida como uma flagrante violação do acesso à justiça pelo solicitante de refúgio, conforme a inteligência do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Corte também estabelece *standards* quanto ao tratamento adequado que deve ser dispensado aos solicitantes de refúgio no país, garantia de acesso à justiça e o respeito à sua dignidade e direitos, considerando uma violação a detenção injustificada de solicitantes de refúgio ou sua deportação sumária sem garantir-lhes o direito de ter seu pedido apreciado pelas autoridades competentes de maneira justa, segundo a deter-

⁴⁸ O fluxo de haitianos em relação ao Brasil iniciou-se em 2010 e durou, de modo mais intenso por 4 anos. Contudo, é importante ressaltar que, apesar das condições deletérias quanto aos direitos humanos nas quais a população haitiana se encontrava em seu país, o Brasil não reconheceu o *status* de refugiado aos migrantes vindos daquele país, conferindo-lhes apenas um visto humanitário, modalidade criada especificamente para a situação. Vide Resolução nº 97 do CNIG.

minação do artigo 22.7 e 22.8. Nesse sentido, torna-se imperioso que o país reveja o tratamento dispensado aos solicitantes de refúgio em zona de fronteira, bem como nos portos e aeroportos, pois a falta de uma estrutura adequada para a recepção e o controle de fronteira não devem ser justificativas para a privação de direitos desses indivíduos.

5 Conclusão

Conforme mencionado, são grandes os desafios atuais quanto à proteção dos refugiados no continente americano. Como parte desse contexto, o Brasil não pode furtar-se ao seu papel humanitário diante dos problemas da região. Isso não significa negligenciar os problemas locais, mas reconhecer que soberania também pressupõe responsabilidade para com a comunidade internacional. Pela sua posição estratégica na região, o Brasil pode e deve contribuir para a afirmação dos instrumentos regionais de proteção e para a promoção da cooperação entre os Estados no sentido de encontrar alternativas ao predomínio de políticas migratórias restritivas equivocadas.

Como parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Brasil deve observar a orientação estabelecida pela jurisprudência e pelos pareceres consultivos correlatos produzidos pela Corte, no sentido de respeitar padrões adequados à Proteção aos Refugiados, que privilegie seu verdadeiro fundamento: o reconhecimento do direito subjetivo ao refúgio e, por conseguinte, a ampla e efetiva proteção desses indivíduos. Para tanto, faz-se necessária a construção de uma política justa e efetiva de acolhimento, que seja construída em consonância com o respeito aos direitos humanos daqueles que buscam no país a possibilidade de sobreviver e resistir.

Referências:

ANDRADE, José Henrique Fischel de. Regional policy approaches and harmonization: a latin american perspective. **International Journal of Refugee Law**, Oxford, v. 10, n. 3, 1998. p. 389-409.

_____. Derecho de los Refugiados en America Latina: reflexiones sobre su futuro. *In*: NAMIHAS, Sandra. (coord.). **Derecho Internacional de los Refugiados**. Instituto de Estudios Internacionales. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Catolica del Peru, 2001.

_____. Protection of Refugees in South America. *In*: FYDDIAN-QASMIEH, Elena; LOESCHER, Gil; LONG, Katy; SIGONA, Nando (ed.). **The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies**. New York: Oxford University Press, 2014.

_____. Refugee Protection in Brazil (1921-2014): an analytical narrative of changing policies. *In*: CANTOR, David; FREIER, Luísa Felini; GAUCI, Jean-Pierre. (ed.). **A Liberal Tide? Immigration and Asylum Law and Policy in Latin America**. Londres: Institute of Latin American Studies, 2015.

ANDRADE, José Henrique Fischel de; MARCOLINI, Adriana. Brazil's Refugee Act: a model refugee law for Latin America? **Forced Migration Review**, v.12, 2003.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 22 de julho de 2017**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm.

GONZÁLES, Juan Carlos Murillo. El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y su Relevancia para la Protección de Refugiados y Otras Personas Necesitadas de Protección en el Continente Americano. *In: XXXIV Curso de Derecho Internacional de la OEA: "Aspectos Jurídicos del Desarrollo Regional"*, 2007.

_____. Forced Displacement in the Americas and its Impact on Regional Migrations. **Revista Multidisciplinar de Mobilidade Humana**, ano XVI, n. 31, 2008.

_____. El derecho de asilo y la protección de los refugiados en el continente americano. *In: XXXIV Curso de Derecho Internacional: Aspectos Jurídicos del Desarrollo Internacional*. Organización de los Estados Americanos: Departamento de Derecho Internacional, 2008a.

_____. El Fortalecimiento de la Protección Internacional de los Refugiados através del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *In: XXXV Curso de Derecho Internacional de la OEA: Nuevos Desarrollos del Derecho Internacional en las Américas*, 2008b.

_____. La Protección Internacional de los Refugiados en el Continente Americano: nuevos desarrollos. *In: XXXV Curso de Derecho Internacional*, 2009.

HATHAWAY, James C. **The Rights of Refugees under International Law**. New York: Cambridge University Press, 2005.

INSTITUTO IGARAPÉ. **Observatório de Homicídios**. Disponível em: <https://igarape.org.br/apps/observatorio-de-homicidios/>. Acesso em: 17 nov. 2018.

MAHLKE, Helisane. **Direito Internacional dos Refugiados: novo paradigma jurídico**. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2017.

ONU. Conare. **Refúgio em Números**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/>. Acesso em: 16 nov. 2018.

ONU. ACNUR. **Relatório Global**. Disponível em: <http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5b27be547/unhcr-global-trends-2017.html>. Acesso em: 17 nov. 2018.

PACÍFICO, Andrea Pacheco; RAMOS, Erika; CLARO, Carolina Abreu Batista; FARIAS, Nara Braga Cavalcanti de. The Immigration of Haitians in Latin America: significance for Brazilian Law and policy on asylum and immigration. *In: CANTOR, James David; FREIER, Luísa Feline; GAUCI, Jean-Pierre (ed.). A Liberal Tide? Immigration and Asylum Law and Policy in Latin America*. Institute of Latin American Studies – University of London, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. O Princípio do non-refoulement no direito dos refugiados: do ingresso à extradição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: ano 99, v. 892, p. 347-376, fev. 2010.

_____. **Processo internacional de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SHELTON, Dinah L. The Promise of Regional Human Rights Systems. *In: SHELTON, Dinah; CAROZZA, Paolo G. Regional Protection of Human Rights*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2013.

VÉLEZ, Francisco Galindo. El Asilo en América Latina: uso de los sistemas regionales para fortalecer la protección de refugiados de las Naciones Unidas. *In: UNHCR. La Protección de los Refugiados en las Américas*. Quito, 2010.

7 POR QUEM OS SINOS DOBRAM:¹ APORTES DA CORTE INTERAMERICANA PARA O FORTALECIMENTO DO PROGRAMA DE PROTEÇÃO A DEFENSORES E DEFENSORAS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL (PPDDH)

¹ Referência ao poema do britânico John Donne (1624), que inspirou muitos escritores, entre eles Ernest Hemingway, em seu famoso romance homônimo.

*Isabel Penido de Campos Machado*²

Resumo: O presente artigo se propõe a analisar se o Programa Nacional de Proteção dos Defensores de Direitos Humanos (instituído pelos Decretos Federais nº 6.044/2007 e nº 8.724/2016) preenche os parâmetros mínimos estabelecidos pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, será adotada a metodologia do “Quadro de Referência” para explicitar os elementos essenciais da política governamental. Em seguida, será avaliado se o seu desenho e arranjo institucional atendem às exigências explicitadas pelos parâmetros, inicialmente estabelecidos a partir do *Caso Defensor de Direitos Humanos vs. Guatemala* (2014) e posteriormente sistematizados pela Comissão Interamericana em um Relatório sobre o tema, divulgado em 2017. A partir da comparação entre a política instituída no Brasil e os parâmetros mínimos internacionais fixados, o artigo aponta como o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode trazer aportes para o aprimoramento incremental de políticas públicas, tais como aquela instituída pelo programa de proteção.

Palavras-chave: Direito e Política Pública. Defensores de Direitos Humanos. Proteção.

Abstract: *The paper analyses whether or not the Brazilian Program for the Protection of Human Rights Defenders, pursuant to Federal Decrees 6,044/2007 and 8,724/2016, meets the minimum parameters established by the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. The study has adopted the “Law and Public Policy Framework” methodology, which enables the systematization of the essential elements of the government policy. Then, the article tests if both the Program’s design and institutional arrangement complies with the international human rights parameters, as it was established in the case Human Rights Defender vs. Guatemala (2014) and in an Inter-American Commission Report on the subject (2017). After comparing the international standards and the national program, the study concludes that International Human Rights Law is an important tool for the incrementation of public policies, such as the one focused in the protection of human rights defenders in risk.*

Keywords: *Law and Public policy. Human Rights Defenders. Protection.*

² Defensora Pública Federal em São Paulo. Atualmente, exerce o mandato de Defensora Pública Interamericana (2016-2019). Doutoranda em Direito Internacional pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). O presente artigo foi desenvolvido no âmbito da disciplina “Direito e Políticas Públicas: Fundamentos” (2018), ministrada pela Prof. Maria Paula Dallari Bucci, a quem agradeço pelos comentários e minuciosa revisão.

I Introdução

Na mesma década de 1980, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos lutava por sua institucionalização e para estabelecer as bases de sua jurisdição, os mineiros Milton Nascimento e Fernando Brant ecoaram no refrão de uma famosa música o verso “San José da Costa Rica, coração Civil” (1981). A lírica da canção relaciona o Pacto de San José da Costa Rica (também conhecido como Convenção Americana sobre Direitos Humanos) com a esperança por justiça e promoção de direitos a partir do processo de redemocratização do país. Passadas algumas décadas, *San José* se destaca não apenas por ter sido o palco de negociação e adoção do tratado, como também por sediar a Corte Interamericana de Direitos Humanos que, ao longo dos anos, vem se consolidando como um *locus* de luta e resistência contra várias formas de violações a direitos humanos no continente (CARVALHO RAMOS, 2015, p. 242).

De forma um tanto quanto tardia, em 10 de dezembro de 1998, o Brasil manifestou a aceitação à competência contenciosa do mencionado tribunal internacional, submetendo-se à jurisdição contenciosa deste. Desde então, nos últimos vinte anos, vários casos paradigmáticos sobre diversos temas relacionados a violações de direitos humanos foram objeto de litígios perante o sistema, dando visibilidade às vozes das vítimas brasileiras.

Entre uma vasta gama temática apreciada pela Corte Interamericana, tem sido crescente o número de casos em que o Brasil e outros Estados latino-americanos são demandados por desrespeito e pelas falhas na proteção de defensoras e defensores de direitos humanos.

Apesar de não se tratar de tema novo, os debates sobre a necessidade de fortalecimento da proteção a essa categoria receberam destaque, em 2018, após o homicídio da vereadora e defensora de direitos humanos carioca Marielle Franco (PSOL) e de Anderson Gomes, membro de sua equipe de trabalho. A mobilização com repercussão internacional em torno dessas mortes brutais deu visibilidade para estatísticas nefastas que já vinham sendo reportadas há algum tempo. De acordo com levantamentos da Anistia Internacional (2017), o Brasil é um dos países que mais mata defensores de direitos humanos e o cenário atual de crise político-econômica tem ensejado uma escalada progressiva desses números. Rapidamente, o movimento “Marielle Presente” se mobilizou, prioritariamente, para que a polícia adotasse os padrões de devida diligência nas investigações, de forma a identificar e permitir a localização dos responsáveis pelo crime. Indubitavelmente, essa demanda é essencial e constitui uma resposta razoável ao enfrentamento da situação concreta.

Além do esclarecimento dos fatos, há necessidade de endereçar, de forma macro, o problema de insegurança enfrentado pelos defensores de direitos humanos. A situação

de Marielle se insere em um contexto geral de insegurança imposta à categoria por ela representada, em razão da situação de risco agravada às pessoas que se dedicam à defesa de direitos humanos no Brasil. Por isso, após reflexão sobre o tema, há necessidade de uma abordagem mais ampla. A busca pelo diagnóstico e fortalecimento da política pública protetiva já instituída no Brasil pode ser uma das respostas estruturais com efeitos positivos em longo prazo, consistindo em providência essencial para conter o aumento das estatísticas de alta letalidade do referido grupo de risco.

Nesse sentido, o presente artigo se propõe a analisar se o Programa Nacional de Proteção dos Defensores de Direitos Humanos, instituído pelo Decreto Federal nº 6.044/2007, preenche os parâmetros mínimos exigidos pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, a proposta traz, como pano de fundo, uma análise sobre o papel dos referidos *standards* para o aprimoramento das políticas públicas adotadas no âmbito interno.

Para tanto, será adotada a Metodologia do Quadro de Referência, proposta por Maria Paula Dallari Bucci (2008, p. 225), para explicitar os contornos jurídico-políticos, o desenho e arranjos institucionais, assim como os demais elementos essenciais do programa. Conforme defende a mencionada jurista, a opção por um método estruturado (BUCCI, 2013) permite uma organização sistemática da política, viabilizando um olhar dinâmico sobre a espinha dorsal do objeto de estudo. Tal metodologia também permite descrever e explicitar pontos de carência, tal como a fragilidade do programa em relação à base normativa e baixo nível de institucionalidade. Os elementos a serem destacados no Quadro de Referência (BUCCI, 2008, p. 225 *et seq.*) são: (I) nome do programa; (II) gestão governamental; (III) base normativa; (IV) desenho jurídico institucional; (V) agentes governamentais; (VI) agentes não governamentais; (VII) mecanismos jurídicos de articulação; (VIII) escala e público-alvo; (IX) dimensão econômico-financeira do programa; (X) estratégias de implantação; (XI) funcionamento efetivo e, finalmente; (XII) aspectos críticos do desenho jurídico institucional. Diante da complexidade de cada um dos elementos, optou-se por pontuá-los em uma abordagem panorâmica, com especial ênfase nos elementos mais problemáticos, a saber: a base normativa; o desenho jurídico institucional; e os mecanismos jurídicos de articulação, com a adoção dos parâmetros interamericanos, ao final, para a mensuração dos aspectos críticos do programa.

2 O DIDH e as Políticas Públicas: o papel dos parâmetros internacionais como diretrizes mínimas para políticas públicas de proteção a defensores de direitos humanos

Não há como abordar o tema das políticas públicas para defensores de direitos humanos sem mencionar o papel desempenhado pelo Direito Internacional. Cinquenta anos após a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Assembleia Geral da ONU aprovou a mencionada Declaração, voltada a identificar, proteger e promover os defensores de direitos humanos. Essa Declaração, adotada em 1998, pela Resolução 53/144 da Assembleia Geral da ONU, recebeu um título extenso: “Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos ou Órgãos da Sociedade de Promover e Proteger os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos” (doravante Declaração da ONU sobre Defensores de Direitos Humanos”).

Se, por um lado, o formato de resolução não lhe atribuiu força jurídica vinculante em si, por outro, o instrumento sistematizou as obrigações oriundas dos tratados internacionais de direitos humanos em relação à proteção dos indivíduos e coletividades que atuam na defesa da referida bandeira (OHCHR, 2018).

De fato, a Declaração da ONU sobre os defensores de direitos humanos (1998) representa um *momentum* em que a questão efetivamente foi inserida na agenda internacional. Em âmbito regional, a preocupação foi reforçada na OEA, por meio da Resolução 1842/02, intitulada “Defensores de Direitos humanos nas Américas: apoio às tarefas realizadas por pessoas, grupos e organizações da sociedade civil para a promoção e proteção dos direitos humanos nas Américas” (OEA, 2002).

Os referidos instrumentos geraram a criação de relatores especiais, tanto no sistema onusiano quanto no sistema regional interamericano, que passaram a buscar coletar e sistematizar informações sobre a situação de extremo risco enfrentado pelos defensores e defensoras. No âmbito interno, os Estados vêm mobilizando, alguns sem muito entusiasmo, os seus poderes internos para estruturar políticas públicas de proteção aos defensores de direitos humanos (Legislativo e Executivo), tal como a política instituída pelo Brasil.

A sociedade civil também manteve forte pressão sobre a manutenção da questão na agenda, clamando pela adoção de medidas concretas voltadas a uma efetiva proteção. Conforme dados coletados pela organização não governamental Front Line Defenders (2017, p. 6), apenas em 2017, foram reportados pelo menos 312 assassinatos de defensores e defensoras, em 27 países. Destes, 212 foram cometidos nas Américas, com concentração de 156 mortes apenas entre Brasil e Colômbia (FRONT LINE DEFENDERS, 2017, p.12). Com base em tais dados, a Anistia Internacional (2017) vem expondo que a América Latina é o continente com maior índice de letalidade em relação a esse grupo

vulnerável. São esses levantamentos que ensejam a conclusão preocupante, constantemente objeto de manchetes em periódicos de grande circulação no país, no sentido de que o Brasil é um dos países que mais “mata” seus(suas) defensores(as) de direitos humanos (VILELA, 2017).

O papel do Direito Internacional não se limita à colocação da questão na agenda dos Estados (MIRANDA, 2007), tampouco no fomento à mobilização da sociedade civil. Inclusive, é importante enfatizar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos é um ramo autônomo e contempla uma série de deveres jurídicos vinculantes, tais como aqueles previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 33). Em relação à proteção a defensores(as) de direitos humanos, as obrigações impostas aos Estados compreendem o dever de respeitar (abster-se de violações), garantir (impedir violações por particulares)³ e proteger (adotar medidas).

Especificamente, a obrigação de adotar medidas legislativas, administrativas e judiciárias, oriunda do artigo 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴, refere-se a uma obrigação de meio (e não de resultado). Por isso, os Estados possuem discricionariedade sobre a forma pela qual promoverão um marco legal protetivo aos defensores de direitos humanos.

Inclusive, algumas violações de direitos humanos pelas falhas dos programas de proteção existentes foram submetidas à apreciação da jurisdição de tribunais internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim que a vulnerabilidade e a violência enfrentada pelos defensores de direitos humanos ganharam visibilidade, o Sistema Interamericano passou a conhecer alguns casos paradigmáticos, que trouxeram grandes contribuições para dar visibilidade à violência estatal enfrentada na América Latina, no estabelecimento de parâmetros interpretativos para a configuração de responsabilidade internacional e, finalmente, na fixação de reparações integrais. Como os tratados de direitos humanos contemplam dispositivos genéricos, os tribunais internacionais passaram a desenvolver parâmetros interpretativos para análise de eventuais violações.

Um dos precursores foi o de Myrna Mack Chang vs. Guatemala (Corte IDH, 2003), relativo a uma defensora de direitos humanos guatemalteca, que publicara um informe antropológico dando visibilidade à política de extermínio da população indígena maia. Myrna Mack foi assassinada por um agente de segurança vinculado ao Gabinete da Pre-

³ Sobre os deveres de respeitar e garantir, o art. 1(1) da CADH assim dispõe: “Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”

⁴ Sobre o dever de adotar medidas, o artigo 2 dispõe: “[...] 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”.

sidência da República, em 1990 (Corte IDH, 2003, §134). Nesse precedente, a Corte Interamericana desenvolveu parâmetros interpretativos voltados aos deveres de investigar e processar os responsáveis por violações a defensores de direitos humanos, apontando que, quando a violência se origina pelas próprias autoridades do Estado, muitas vezes existem mecanismos informais de encobrimento das responsabilidades, o que gera um padrão de insegurança e desproteção às pessoas engajadas em lutas contramajoritárias. O caso tornou-se notório, uma vez que a Corte Interamericana considerou que situação ensejava hipótese de responsabilidade internacional agravada (CANÇADO TRINDADE, 2007, p. 331).

Se analisarmos especificamente os precedentes brasileiros, verifica-se que há alguns deles que se relacionam com o contexto de violência contra defensoras e defensores de direitos humanos. De forma mais nítida, destacam-se os casos Nogueira de Carvalho (Corte IDH, 2006) e o recente caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros (Corte IDH, 2018).

A propósito, o primeiro caso brasileiro que chegou à Corte sobre o tema foi o do advogado e defensor de direitos humanos Gilson Nogueira de Carvalho, assassinado em data anterior à aceitação da competência contenciosa da Corte Interamericana pelo Brasil. Por isso, o tribunal entendeu pela incompetência *rationae temporis* em relação a eventual violação ao direito à vida, restringindo a sua análise à observância do direito às garantias judiciais e a um remédio efetivo (CADH, arts. 8 e 25). Ao revisar a prova dos autos, a Corte entendeu pela improcedência da demanda, por considerar que o dever de investigar era uma obrigação de meio (e não de resultado), sendo que o Estado demonstrara ter seguido inúmeras linhas investigativas. Ademais, uma das pessoas investigadas havia sido processada e absolvida pelo júri popular. Apesar do resultado desfavorável à vítima, a Corte ainda assim destacou expressamente, na ocasião, sobre a necessidade de proteção da categoria dos defensores de direitos humanos. Ainda assim, esse precedente não traça parâmetros jurisprudenciais consistentes sobre o tema.

Por sua vez, o caso do povo indígena Xucuru (Corte IDH, 2018) resultou em uma sentença de procedência parcial. Contudo, em razão do recorte dado pela Comissão Interamericana quando da submissão da demanda à Corte, o precedente acabou dando maior destaque à sedimentação dos direitos territoriais indígenas, associados às garantias do devido processo e a um remédio judicial efetivo (CADH, arts. 8, 21 e 25, em relação ao art. 1.1). Sem embargo, a partir de uma leitura mais atenta sobre o contexto fático, verifica-se que há relatos de ofensas à vida de defensores de direitos humanos ao longo da luta dos Xucurus, sendo que o mais simbólico deles se refere ao homicídio do defen-

sor de direitos humanos Francisco de Assis Araújo (Cacique Xicão Xucuru).⁵ Contudo, também em razão da limitação *rationae temporis*, a morte do cacique Xicão foi excluída da apreciação da Corte IDH. Por isso, apesar de o caso lidar com um contexto de desproteção e criminalização das lideranças dos Xucurus, o recorte adotado tece parâmetros sobre a questão territorial indígena, não tratando de forma aprofundada da temática que é objeto do presente artigo.

Assim, verifica-se que, apesar da existência de relatos sobre violência contra defensores de direitos humanos em casos do Brasil, ainda não há um precedente condenatório específico com um enfoque aprofundado sobre o tema. Seja como for, desde o caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (CORTE IDH, 2006, § 124), o tribunal tem destacado que os Estados (bem como seus órgãos e agentes) têm o dever de realizar um “controle de convencionalidade” (MAC-GREGOR, 2013, p. 953). Isso resulta na obrigação de respeitar, garantir e proteger os direitos consagrados na Convenção Americana, a partir dos parâmetros interpretativos adotados pela Corte Interamericana, que é o intérprete autêntico do tratado (CARVALHO RAMOS, 2018, p. 332). Assim, além da importância de conhecer os casos brasileiros que impõem condenações diretamente exigíveis, há necessidade de sistematização global dos precedentes que conformam os parâmetros interamericanos, que por sua vez servirão de guia para o controle de convencionalidade.

Nesse contexto, um avanço jurisprudencial marcante ocorreu em 2013, quando a Corte IDH estabeleceu que, das obrigações gerais de adotar medidas legislativas ou de outra natureza, deriva o dever jurídico de adotar políticas públicas em prol das defensoras e defensores de direitos humanos. A afirmação foi estabelecida no caso do ambientalista *Luna Lopez vs. Honduras* (Corte IDH, 2013). Foi depois reiterada no simbólico caso *Defensor de Direitos Humanos vs. Guatemala* (Corte IDH, 2014). A partir desses dois precedentes importantíssimos, a Corte Interamericana não se restringiu a afirmar a existência do dever jurídico imposto aos Estados para adotar políticas públicas, senão enfatizou quais seriam os parâmetros interpretativos (MORAND, 1999) sobre o conteúdo mínimo que deve ser objeto dessas políticas públicas. Conforme relembra Bucci (2013), a política pública é compreendida como um programa de atuação governamental. Por isso, os seus contornos não se reduzem a um simples ato estatal, o que torna difícil o exercício da jurisdição internacional. Nos casos de revisão judicial sobre a adequação das políticas públicas aos fins propostos, o desenvolvimento de tais parâmetros se mostra um grande desafio, tendo em vista a difícil missão de diagnosticar e entender os contornos da política, bem como compreender o seu impacto. Especificamente em relação à proteção de defensores de direitos humanos, a Corte Interamericana estabeleceu uma

⁵ Vale lembrar que o militante indígena foi um dos responsáveis pela mobilização na Assembleia Nacional Constituinte para a paradigmática inclusão do art. 231 na Constituição da República Brasileira, que consagra os direitos dos povos indígenas aos territórios historicamente ocupados.

série de exigências mínimas (Corte IDH, Caso Defensor de Direitos Humanos vs. Guatemala, 2014, § 257).

Nesse sentido, para a realização da compatibilidade da política com os parâmetros interamericanos, a Corte IDH propôs o teste da adequação e da eficácia. Para mensurar a adequação, exige-se consistência, concreta avaliação de risco, flexibilidade conforme o nível de risco mensurado, participação do beneficiário(a) e abordagem de gênero. Assim, destaca-se:

[...] A Corte considera que, no caso dos defensores de direitos humanos, para atender ao requisito de adequação, é necessário que as medidas especiais de proteção:

- a) sejam consistentes com as funções desempenhadas pelos defensores;
- b) o nível de risco deve ser submetido a uma avaliação para adotar e monitorar as medidas vigentes;
- c) devem poder ser modificadas de acordo com a variação da intensidade do risco. Para tais fins, é necessário que a modalidade de medidas de proteção seja acordada em consulta com os defensores, a fim de especificar uma intervenção oportuna, especializada e proporcional ao risco que o defensor possa enfrentar. Por sua vez, a abordagem de gênero deve ter especial importância dentro do procedimento de avaliação de risco, uma vez que poderia resultar em um impacto diferenciado do nível de risco, bem como na implementação de medidas de proteção. (CORTE IDH, Caso Defensor de Direitos Humanos vs. Guatemala, 2014, § 257)

Para o teste de eficácia, exige-se a vigência da política, a imediaticidade da resposta estatal na situação em análise e a contínua capacitação dos agentes estatais e da sociedade civil envolvidos. A propósito, a Corte IDH estabeleceu que:

Para a eficácia das medidas, é essencial: a) uma resposta imediata do Estado a partir do primeiro momento em que se torna consciente da existência do risco, para que sejam oportunas; b) que as pessoas envolvidas na proteção dos defensores de direitos humanos tenham treinamento e treinamento necessários para desempenhar suas funções e a importância de suas ações; e c) deve estar em vigor enquanto as vítimas de violência ou ameaças precisarem. (CORTE IDH, Caso Defensor de Direitos Humanos vs. Guatemala, 2014, § 257)

A partir dos critérios enunciados, no Caso Defensor de Direitos Humanos vs. Guatemala (Corte IDH, 2014), restou configurada a responsabilidade internacional do Estado pela ausência de política pública adequada e efetiva em favor dos peticionários. Ao fixar as reparações, o tribunal internacional determinou que o Estado instituisse, como garantia de não repetição, uma política pública e determinou os contornos mínimos abstratos que esta deveria observar, a partir dos seguintes *standards* mínimos:

- [...] a) a participação de defensores de direitos humanos, organizações da sociedade civil e especialistas na elaboração de normas que regulem um programa de proteção para o grupo em questão;
- b) o programa de proteção deve abordar o problema de maneira abrangente e interinstitucional, de acordo com o risco de cada situação e adotar medidas de atenção imediata diante das queixas dos defensores de direitos humanos;
- c) a criação de um modelo de análise de risco que permita determinar adequadamente as necessidades de risco e proteção de cada defensor ou grupo;
- d) a criação de um sistema de gestão da informação sobre a situação de prevenção e proteção dos defensores dos direitos humanos;
- e) o desenho de planos de proteção que respondam ao risco particular de cada defensor e as características de seu trabalho;
- f) a promoção de uma cultura de legitimação e proteção do trabalho dos defensores de direitos humanos;
- g) a alocação de recursos humanos e financeiros suficientes para responder às reais necessidades de proteção dos defensores dos direitos humanos. (CORTE IDH, Caso Defensor de Direitos Humanos vs. Guatemala, 2014, § 263)

Tais parâmetros foram posteriormente enumerados em um detalhado informe da Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos, publicado em 2017, denominado “Políticas Integrais de proteção a pessoas defensoras: por uma política integral de proteção a pessoas defensoras de direitos humanos” (CIDH, 2017). Além de destacar os critérios acima, a Comissão Interamericana acrescenta alguns outros aspectos que deveriam constar nas políticas públicas, como: um marco legal sólido que o suporte, independência e autonomia das instituições que outorgam a medida, cooperação entre os órgãos estatais, sistematização de dados, acesso à informação e transparência sobre a política, além de um planejamento financeiro que garanta a sustentabilidade e continuidade da política (CIDH, 2017).

Para que se possa verificar se a política pública adotada pelo Brasil atende aos parâmetros acima elencados, na próxima seção será sistematizada a Política Nacional de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos a partir do Quadro de Referência, sendo que, no item “aspectos críticos do desenho jurídico-institucional”, o artigo propõe a aplicação dos *standards* interamericanos acima listados como critérios para a avaliação jurídica.

3 O teste de convencionalidade do PPDDH a partir da sistematização proposta pelo Quadro de Referência

3.1 Base normativa e histórico do programa federal a partir do Quadro de Referência

Como mencionado retro, a demanda pela criação de uma política pública específica voltada à proteção de defensores de direitos humanos surgiu a partir da agenda internacional com a Declaração da ONU em 1998. Na sequência, ainda no segundo governo de Fernando Henrique Cardoso, foi criado um grupo de Trabalho no Poder Executivo para estudar a viabilidade de criação de um programa específico (CBDDH, 2017, p. 62).

A proteção até então existente se dava a partir do mecanismo de proteção de testemunhas ameaçadas de morte, instituído por meio da Lei nº 9.807/1999 (Provita). Contudo, tal proteção se mostrava insuficiente, tendo em vista as dificuldades de enquadramento dos defensores de direitos humanos como beneficiários daquela política. De um lado, exigia-se que a pessoa ameaçada fosse “testemunha” ou tivesse algum tipo de utilidade em um processo judicial e, além disso, a lógica de proteção no Provita se baseia na anulação dos focos de risco, o que se dá, muitas vezes, com a retirada da pessoa ameaçada do seu meio habitual de convívio. No caso dos defensores de direitos humanos, a ameaça pode ocorrer em razão da atuação em um processo judicial, mas, sobretudo, a origem do risco é mais abrangente que isso, pois decorre da militância na defesa de uma causa política, geralmente contramajoritária e que incomoda as estruturas de poder. Ademais, o defensor de direitos humanos demanda proteção para que possa dar continuidade à sua militância. Por essa razão, a metodologia de proteção deveria buscar evitar a retirada do defensor do seu meio, sempre que possível, para que ele(a) pudesse continuar a exercer o seu mister. Em razão dessa especificidade, a partir da Declaração da ONU e da mobilização internacional em torno do tema, foram sendo traçados alguns apontamentos sobre a necessidade de uma política pública autônoma e específica, tal como a que depois foi cristalizada no caso Defensor de Direitos Humanos vs. Guatemala

(Corte IDH, 2014) e no Informe da Comissão Interamericana (CIDH, 2017), destacados no tópico anterior.

Após o final do mandato de FHC, foi criado outro grupo de trabalho vinculado à então Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, para a proposta de estruturação de um programa de ação, a partir de um projeto de lei (CBDDH, 2017, p. 62). Nesse sentido:

O embrião do programa começou a ser pensado no último ano do governo Fernando Henrique Cardoso, quando se divulgou o primeiro relatório sobre a situação dos defensores de direitos humanos no Brasil e foi criado um Grupo de Trabalho (GT) para discutir medidas protetivas. As discussões foram retomadas no início do Governo Lula, com a criação de um novo GT que ficou responsável por delinear o que viria a ser o PPDDH. (CBDDH, 2017, p. 62).

Em outubro de 2004, o Programa de Proteção a Defensores de Direitos Humanos foi lançado pelo Poder Executivo, ainda no Governo Lula I (CBDDH, 2017, p. 62). Na ocasião, não havia um marco legal que o disciplinasse, ficando ao encargo da então Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH). Contudo, diante da ausência de um desenho e uma proposta concreta de atuação, foi apenas em 2005 que este começou a funcionar, após o homicídio da missionária Dorothy Stang (CBDDH, 2017, p. 62). O evento teve o condão de reabrir uma janela de oportunidade, retomando a questão na agenda. Na oportunidade, o relatório do Comitê Brasileiro de Defensoras e Defensores de Direitos Humanos, uma das poucas fontes que resgata de forma sistematizada o histórico da política pública, ressalta que o programa foi “relançado” com muitas críticas da sociedade civil, apontando para o fato de a política ser meramente formal e simbólica, diante da ausência de uma proposta concreta de atuação. A respeito, “[...] as organizações da sociedade civil faziam uma avaliação de que o PPDDH não tinha condições de ser lançado devido ao pouco planejamento e à pouca estrutura dada pela Secretaria Especial de Direitos Humanos” (CBDDH, 2017, p. 62).

Diante da pressão por um maior desenho institucional, o Governo Lula, já no início do segundo mandato, finalmente adota um marco normativo mínimo. A “Política Nacional de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos (PNPDDH)” foi instituída no início do seu segundo mandato, por meio do Decreto Federal nº 6.044, de 12 de fevereiro de 2007⁶. Após mais de uma década sem conseguir a aprovação do marco legal da política

⁶ Em seu artigo 1º, estabelece os princípios e diretrizes da “proteção e assistência à pessoa física ou jurídica, grupo, instituição, organização ou movimento social que promove, protege e defende os Direitos Humanos, e, em função de sua atuação e atividade nessas circunstâncias, encontra-se em situação de risco ou vulnerabilidade”.

por meio de uma lei, na iminência da aprovação do *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff, o Poder Executivo adotou o Decreto nº 8.724, de 16 de abril de 2016, instituindo o Programa Nacional de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos (PPDDH).

Sobre o desenho da política, o Decreto nº 6.044/2007 tem clara inspiração no modelo adotado pelo Programa Federal de Assistência e Proteção a Vítimas e Testemunha (Provita). Este foi inspirado em um projeto-piloto em Pernambuco, sendo nacionalmente instituído por meio da Lei nº 9.807/1999 e regulamentado pelo Decreto Federal nº 3.518/2000, no segundo governo Fernando Henrique Cardoso (PSDB). A partir de uma sistematização do Provita em um quadro de referência, verifica-se que, em seu desenho, esse programa especificava os potenciais beneficiários (vítimas e testemunhas ameaçadas, sendo a proteção extensível a familiares), critérios de inclusão e exclusão, portas de entrada, procedimentos, adoção de modelo descentralizado entre União, estados e Distrito Federal, pautado na cooperação entre os entes públicos e a sociedade civil. Além disso, foram listadas as atividades de proteção a serem desempenhadas pelo órgão de execução, criação e atribuições de um Conselho Deliberativo (órgão decisor) e uma Equipe Técnica (gestor). Na repartição de competências, observa-se que o município não participa da política pública. Isso se deve a certo mimetismo do programa com o Sistema de Justiça Criminal. Como se trata de política pública voltada à proteção de vítimas e testemunhas ameaçadas em processo judicial, a demanda surgia vinculada aos feitos que corresse na Justiça Estadual e Federal, conforme a repartição de competências no Sistema de Justiça (CRFB/1988, art. 109). Ademais, a demanda inicial de proteção também é mais voltada à atribuição dos órgãos de segurança pública (CRFB/1988, art. 144), sendo que o órgão municipal (guarda municipal) não teria atribuição para conferir a referida proteção. Contudo, esse mimetismo é relativizado ao analisarmos o desenho da política efetivamente adotada. A princípio, se seguissemos a aplicação literal do raciocínio, concluir-se-ia que o programa federal ficaria encarregado da proteção das pessoas ameaçadas em processos que correm na Justiça Federal, ao passo que os programas estaduais ficariam encarregados dos casos que correm na Justiça Estadual.

Não foi essa a opção adotada, tendo em vista que, diante da ausência de hierarquia entre os entes federados e também diante da impossibilidade de obrigar os estados a criar os programas estaduais, a adoção do programa federal deixaria a descoberto as vítimas e as testemunhas ameaçadas em processos estaduais que não tivessem instituído um programa próprio. Por isso, optou-se pelo modelo descentralizado, com repasse de verbas federais (incentivo) aos estados que implementassem a política, por meio de convênios e de cooperação técnica. Assim, os estados que instituíram o programa estadual protegem a totalidade das vítimas e testemunhas ameaçadas em sua base territorial, independentemente de se tratar de processo estadual ou federal. O programa federal é aplicável, supletivamente, em relação aos estados que ainda não instituíram

o Provita (ZWICKER, 2015). Outras características destacadas do modelo adotado são: a abertura para que a execução do programa seja realizado pela sociedade civil (rede solidária de proteção). Zwicker (2015) aponta que isso ocorre por questões pragmáticas (redução de custo), mas também por “razões históricas” de proteção da pessoa contra o próprio Estado, tendo em vista que muitas vezes a fonte de ameaça parte das forças de segurança pública. É importante destacar, por derradeiro, que o Provita contém a previsão sobre a possibilidade de concessão de ajuda de custo mensal ao beneficiário, em especial nos casos em que a medida de proteção implica um afastamento das atividades remuneradas habituais, colocando o beneficiário em uma situação de hipossuficiência econômica.

Considerando que o Provita era o paradigma existente quando da adoção do Decreto nº 6.044, de 12 de fevereiro de 2007, verifica-se que o desenho da política de proteção aos defensores de direitos humanos teve uma grande influência daquele, apesar da adoção de alguns ajustes.

Em análise comparativa viabilizada pelos elementos do Quadro de Referência, a primeira diferença marcante, até para justificar a necessidade de autonomia da política para defensores de direitos humanos, diz respeito à delimitação do beneficiário. O art. 2º do Anexo I do Decreto nº 6.044/2007 adotava o conceito ampliado de defensores de direitos humanos, abrangendo a: “[...] pessoa física ou jurídica, grupo, instituição, organização ou movimento social que promove, protege e defende os Direitos Humanos, e, em função de sua atuação e atividade nessas circunstâncias, encontra-se em situação de risco ou vulnerabilidade”.

Outra diferença notável entre os dois programas é que o Provita tem suas bases no dever de garantir a efetividade da justiça e a segurança da pessoa ameaçada, usando para tanto métodos de neutralização da ameaça, o que permite o afastamento da vítima ou da testemunha de suas atividades habituais. Por outro lado, o objetivo do PPDDH é um pouco diferente, pois muitas vezes os métodos de neutralização do risco no Provita acabam inviabilizando também a militância do defensor de direitos humanos como agente político, silenciando-o. Assim, o PPDDH visa, primordialmente, garantir a continuidade do trabalho do defensor.

A referida política para defensores de direitos humanos tem fundamento de validade no direito à segurança pública, integridade pessoal, como também em vários outros direitos humanos, como direitos políticos, direitos sociais econômicos e culturais, no dever de combater as desigualdades sociais e os fatores de marginalização, entre outros. Por isso, a proteção a defensores de direitos humanos é tema que poderia ser objeto

da competência comum dos entes federados, na forma do art. 23, I e X da CRFB/1988⁷. Por outro lado, o fundamento do programa nas garantias judiciais não são tão evidentes como ocorre no Provita, tendo em vista que a proteção aos defensores de direitos humanos não é condicionada à existência de um processo judicial, nem visa, diretamente, garantir a efetividade instrumental deste.

Outra diferença com o Provita é que as atividades protetivas não se direcionam apenas a demandas de segurança pública. Por isso, a opção pelo desenho da política com a mesma repartição de competências entre União, estados e Distrito Federal, seguindo o modelo do Provita, não faz tanto sentido. O município poderia assumir algumas funções acessórias, relacionadas à assistência social e à eventual demanda por abrigo provisório, por exemplo. Ainda que não se defenda a adoção de programas municipais de proteção a defensores de direitos humanos, o que causaria uma enorme fragmentação na política e nos recursos existentes, verifica-se que o município poderia ter sido incluído no desenho da política, com algumas funções de apoio e cooperação, em especial, as relacionadas à prestação de assistência social, médica, psicológica e material e iniciativas visando à superação das causas que geram o estado de risco ou vulnerabilidade (Decreto nº 6.044/2007, art. 7, II e III). Nesse sentido, verifica-se uma evolução da questão a partir do Decreto nº 8.724/2016, que inclui a menção ao município como ente a ser considerado pelo Conselho Deliberativo em suas estratégias de articulação (cf. art. 3º, II).

Por uma análise comparativa, enquanto o Provita e o PPDDH têm objetivos diferentes, as medidas de proteção indicadas em ambos são muito semelhantes.⁸ A única divergência diz respeito à inclusão, na PNPDDH, da adoção de medidas estruturais visando “a superação das causas que geram o estado de risco ou vulnerabilidade”, ou seja, não se buscam apenas medidas paliativas. Ademais, no caso dos defensores(as), a possibilidade de transferência de residência para local sigiloso é medida excepcional e apenas poderia ser adotada em situações extremas, pois isso o(a) afastaria de suas atividades

7 “CRFB/1988, art. 23 – É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I – zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; [...] X – combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos”.

8 Neste sentido, o art. 7 do Decreto Federal nº 6.044/2007 lista como diretrizes de proteção: “I – proteção à vida; II – prestação de assistência social, médica, psicológica e material; III – iniciativas visando a superação das causas que geram o estado de risco ou vulnerabilidade; IV – preservação da identidade, imagens e dados pessoais; V – apoio para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam comparecimento pessoal; VI – suspensão temporária das atividades funcionais; e VII – excepcionalmente, a transferência de residência ou acomodação provisória em local sigiloso, compatível com a proteção.” Em comparação, o art. 7 da Lei nº 9.807/1999 estabelece como medidas: “I – segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; II – escolha e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; III – transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; IV – preservação da identidade, imagem e dados pessoais; V – ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; VI – suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; VII – apoio e assistência social, médica e psicológica; VIII – sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; IX – apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.”.

de defesa a direitos humanos. Além disso, o Provita contém previsão de concessão de ajuda de custo mensal, o que não é previsto no decreto do PNPDDH.

Como semelhança, a partir dos elementos do Quadro de Referência, é possível observar que o modelo descentralizado é claramente inspirado no Provita. A União Federal tem pouca capilaridade geográfica e recursos humanos para lidar diretamente com todas as situações de risco encontradas, em especial se considerarmos que estatisticamente (MDH, 2018) o maior número de casos se refere a conflitos no campo (indígenas, quilombolas e conflitos de terras), em locais com baixa presença de órgãos federais. Logo, como estratégia, o incentivo para a adoção de programas estaduais, com uma rede de apoio estadual e o incentivo de repasse de verbas por meio da adoção de convênios e cooperação técnica e logística foi a aposta adotada pelo Decreto nº 6.044/2007, seguindo o paradigma do Provita. Posteriormente, o Decreto Federal nº 8.724/2016 reiteirou tal modelo, por meio do art. 2º: “O PPDDH será executado, prioritariamente, por meio de cooperação, firmada, voluntariamente, entre a União, os Estados e o Distrito Federal”.

Com o Decreto nº 8.724/2016, consolidou-se a ideia de que os estados que adotassem o programa estadual ficariam responsáveis pela execução da proteção, incumbindo à União o papel supletivo de atuar diretamente nas demandas relativas aos estados que ainda não tivessem implantado. Uma questão a ser sublinhada, conforme dispositivo acima transcrito, é que os estados aderem “voluntariamente” aos convênios. Outra marca característica importada do modelo do Provita é a possibilidade de que a gestão do programa seja delegada a entidades do terceiro setor, o que de fato vem sendo feito também no PPDDH. Em âmbito federal, até 2013, a execução do programa era de atribuição da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, com *status* de Ministério, conforme o Decreto nº 8.162/2013 e a Lei nº 12.314/2010. Conforme detalha Garcia (2017, p. 184), com a crise enfrentada pelo Governo Dilma II, em outubro de 2015, há uma reforma que acarreta a extinção de oito Ministérios, sendo extintas as Secretarias de Direitos Humanos da Presidência da República e da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, que passam a ser incorporadas no Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos, conforme a Medida Provisória nº 696/2015.

O Decreto nº 8.724/2016 formalizou as atribuições do Conselho Deliberativo do PPDDH, estrutura também inspirada no Provita. Tal órgão tem a função de formulação, monitoramento e avaliação do programa; definição das estratégias de articulação, deliberação sobre o ingresso (porta de entrada) e desligamento (porta de saída). Trata-se, portanto, do órgão com poderes de decisão. A sua composição atual consiste em: dois representantes do Ministério dos Direitos Humanos, um representante do Ministério da Justiça (na área de segurança pública), sendo possível convidar um representante do Poder Judiciário e do Ministério Público. Nesse ponto, há um grave problema, tendo em

vista que a sociedade civil não tem assento no Conselho Deliberativo, diferentemente do que ocorre, por exemplo, no Provita (cf. art. 7º, VII do Decreto nº 3.518/2000).

Após o fim antecipado do Governo Dilma II, algumas mudanças apontadas pelos elementos essenciais do Quadro de Referência podem ser percebidas. Em relação ao marco normativo, não houve a expressa alteração dos decretos anteriores, que continuam a reger o programa.

Contudo, o Governo Temer adota mais um passo no esvaziamento da pasta de Direitos Humanos (GARCIA, 2017, p. 187). A partir de uma nova mudança ministerial, opera-se a extinção da visibilidade às questões de gênero e à igualdade racial, a partir da criação do Ministério dos Direitos Humanos pelo Decreto nº 9.122/2017. Apesar de aparentemente neutra, a alteração tem sido apontada como uma iniciativa de esvaziamento (que já vinha ocorrendo desde Dilma II) e desespecialização temática, diluindo as respostas estatais em relação às demandas por políticas relacionadas a graves violações de direitos humanos. O principal impacto que pode ser visto é a paulatina redução do orçamento para promoção e proteção de direitos humanos (GARCIA, 2017, p. 187).

Ainda no custeio, a aprovação da medida de austeridade fiscal imposta pela Emenda Constitucional nº 95/2017 representa uma perspectiva de enforcamento da política em longo prazo. Em primeiro lugar, a referida emenda atinge significativamente a possibilidade de avanço incremental *pari passu* (LINDBLOM, 2010, p. 163) das políticas públicas relacionadas a direitos humanos, tendo em vista que impõe um congelamento de gastos nos próximos vinte anos. Em segundo lugar, na briga por uma fatia do orçamento e em tempos de escassez de recursos, a ausência de um marco normativo sólido no PPDDH coloca o programa em desvantagem diante das outras políticas que têm regras mais rígidas sobre percentual mínimo de custeio (CIDH, 2017, p. 123).

Um outro ponto a ser explicitado pelo Quadro de Referência diz respeito ao número de beneficiários do programa. A partir de uma análise literal dos números fornecidos, poder-se-ia sugerir que a política teria um público-alvo reduzido e uma menor escala, em comparação com outros programas ou políticas públicas nacionais, que muitas vezes beneficiam diretamente milhões de pessoas (como ocorre no Programa Bolsa Família, por exemplo). Os dados oficiais informam que, a partir da cooperação entre os governos federais e estaduais, atualmente 665 (seiscentos e sessenta e cinco) indivíduos têm recebido atendimento, o que inclui os casos pendentes de análise e triagem (MDH, 2018). Destes, 342 (trezentos e quarenta e dois) defensoras e defensores de direitos humanos encontram-se formalmente incluídos no programa (MDH, 2018). Em relação ao perfil, a maioria dos casos se refere aos conflitos do campo, indígenas e ambientais (MDH, 2018). Ainda que o número de beneficiários diretos seja relativamente reduzido (em comparação a outras políticas), é importante lembrar que os defensoras e defensores de direitos

humanos vocalizam lutas e pautas contramajoritárias⁹ em benefício de um número significativo de pessoas e grupos minoritários, que às vezes também se encontram em situação de risco. Por isso, a proteção destes(as) muitas vezes afeta, direta e indiretamente, uma comunidade mais abrangente do que a representada nos números acima.

Quanto à efetividade, outro dado oficialmente divulgado, que causa certa surpresa, até pelo perfil do programa, seria que, desde a sua criação, não há registro de óbito de um(a) defensor(a) de direitos humanos que estivesse sobre proteção. Se não submetido a um crivo crítico, esse dado poderia sugerir um alto nível de efetividade do programa. Por outro lado, alguns representantes da sociedade civil (CBDDH, 2017, p. 69) têm apontado que se trata de uma informação “maquiada”, facilmente explicada pela ausência de um protocolo mais rigoroso sobre a análise de inclusão. Segundo relatos e entrevistas coletados, vários potenciais beneficiários da política, quando procuram por via telefônica ou pelas bases estaduais a porta de entrada do programa, não chegam a ter a demanda registrada, sendo encaminhados a outros órgãos que poderiam registrar ameaças e/ou fornecer proteção, como as polícias locais (CBDDH, 2017, p. 69). Por isso, muitas situações de risco não são devidamente registradas e processadas, por meio desta barreira invisível de acesso, o que torna questionável o dado de inexistência de óbito de defensores(as) que procuraram o programa em busca de proteção. A propósito do tema, o Comitê Brasileiro de Defensoras e Defensores de Direitos Humanos assim destacou:

[...] a ausência de procedimentos que avaliem adequadamente o risco que defensoras e defensores de direitos humanos enfrentam dentro das especificidades de seus contextos, trazem sérias dificuldades para que a equipe técnica atenda com eficácia e prontidão necessárias a eventuais emergências. Diversas defensoras e defensores de direitos humanos inseridas no PPDDH são acompanhadas pela equipe federal apenas por telefone. E muitas vezes, quando fazem contato telefônico, solicitando alguma medida perante situações urgentes, são orientadas pela equipe federal a procurar redes locais, que nem sempre estão disponíveis. Tais limitações também redundam na não inclusão de vários casos de defensoras e defensores de direitos humanos em situação de alto risco (como casos que envolvem a milícia, por exemplo), uma vez que, no caso de inclusão, o programa alega não poder garantir sua proteção. Essa prática, é preciso explicitar, é um dos motivos que garante o índice de “letalidade zero” em relação aos inseridos no Programa Nacional – índice este promovido amplamente pelo estado brasileiro no cenário internacional. (CBDDH, 2017, p. 69)

⁹ Sobre a relação intrínseca entre a essência contramajoritária das pautas de direitos humanos, cf. Carvalho Ramos (2018, p. 182).

Assim, a ausência de uma uniformização nacional sobre o registro das demandas que chegam e um instrumento de análise de risco fragilizam o programa.

3.2 A dificuldade de adoção de uma lei federal para estabelecer a política

Paralelamente ao relançamento do programa em 2005, a partir de uma busca pelo sítio do Congresso Nacional, é possível detectar três iniciativas para adoção de um marco legal por meio de lei federal, todas elas propostas por deputados petistas, no período em que o referido partido esteve no Poder. É interessante observar o percurso dos referidos projetos de lei no Poder Legislativo.

O primeiro projeto foi o de nº 2.980/2004, de autoria do Dep. Federal Eduardo Valverde (PT/RO). Em seguida, foi também proposto o Projeto de Lei nº 3.616/2004, da Dep. Iriny Lopes (PT/ES). Ambos os projetos tinham por objetivo dar visibilidade à proteção dos defensores de direitos humanos. Enquanto o projeto de Valverde dava enfoque à institucionalização de uma política autônoma, a proposta de Iriny Lopes buscava a ampliação do Provita, com a inclusão expressa dos defensores de direitos humanos como beneficiários da proteção. Os dois projetos foram apensados e passaram a tramitar conjuntamente.

Logo após a edição do Decreto Federal nº 6.044/2007 e como produto das discussões travadas no Grupo de Trabalho formado na então SDH da Presidência da República, o Poder Executivo propôs o Projeto de Lei nº 4.575/2009, em 15 de dezembro de 2008, com a finalidade de institucionalização da política já estabelecida. Esse projeto também passou a tramitar conjuntamente com os outros dois. A justificativa foi subscrita pelos então ministros do Planejamento (Paulo Bernardo), da Justiça (Tarso Genro) e da SDH (Paulo Vannuchi), no final do segundo Governo Lula. Ao fundamentarem a proposta, os ministros apontam que os outros dois projetos, apesar da boa intenção, tinham vício de origem, pois tratavam de matéria cuja iniciativa era privativa do chefe do Executivo, nos termos do art. 84, VI, a da CRFB/1988 (criação de programa de proteção no âmbito da SDH e atribuição de novas funções à Polícia Federal). A proposta do PL nº 4.575/2009 é mais estruturada, segue o desenho que já havia sido delineado pelo Decreto nº 6.044/2007, com alguns incrementos, como a instituição da ajuda de custo aos beneficiários, em caso de necessidade (tal como ocorre no Provita), institucionalização do Conselho Deliberativo, do modelo descentralizado, parceria com a sociedade civil, que inclusive tinha algumas aberturas para participação ativa na política. Além disso, o programa ampliava o seu escopo, não se reduzindo às medidas de proteção. Nesse sentido, a proposta continha três eixos de atuação: a prevenção (combate às causas

estruturais de risco e vulnerabilidade aos defensores de direitos humanos), investigação das ameaças (em busca da superação de condutas de encobrimento das violações de direitos humanos, que é uma tendência universalmente observada nos casos reportados) e articulação (integração das políticas públicas locais, regionais e federais, não apenas para garantir a proteção, mas também para atacar as causas).

Conforme se depreende pela análise do procedimento legislativo, os dois projetos de lei com vício de origem foram rejeitados e arquivados, sendo que o PL nº 4.575/2009 foi aprovado, entre 2009-2011 pela Comissão de Constituição e Justiça, Comissão de Segurança Pública (aprovado por maioria, com votos contrários dos deputados Deputados Neilton Mulim – PR/RJ, Guilherme Campos – PSD/SP e Paes de Lira – DEM/SP), Comissão de Finanças e Tributação e Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Contudo, nunca chegou a ser submetido à deliberação do Plenário da Câmara, e até hoje não houve a institucionalização do marco legal por meio de lei (CBDDH, 2017, p. 68). Apesar de não se observar nas Comissões um grande engajamento contrário à proposta, o que se nota, de outro lado, é a apatia política para a adoção do marco legal sólido em relação ao PPDDH, talvez pelo risco de fortalecer agentes políticos que questionam as bases das desigualdades sob as quais se assentam a sociedade brasileira.

De toda forma, houve uma mudança de cenário após o homicídio da vereadora e defensora de direitos humanos Marielle Franco (PSOL). Em junho de 2018, a bancada do PSOL¹⁰ apresentou requerimento de urgência, solicitando prioridade na tramitação do referido projeto. A grande mobilização em torno do evento deu visibilidade à situação de risco e à fragilidade das políticas públicas de proteção, tendo em vista que a mídia passou a dar ênfase às elevadas estatísticas do Brasil, em relação à alta letalidade dos defensores e defensoras de direitos humanos, de forma que é possível a abertura de uma nova janela de oportunidade para retomada do projeto.

3.3 A descentralização aos programas estaduais e o impacto da cláusula federal na repartição de atribuições do programa: uma política de “braços e pernas curtas”

A compreensão da repartição de competências constitucionais é relevante no processo de transformação dessas obrigações internacionais abstratas em uma política concreta, permitindo verificar como foram pensados os mecanismos jurídicos de articulação da política a ser colocada em prática, em um país que segue o modelo de Estado

¹⁰ Assinaram o requerimento: Dep. Chico Alencar – PSOL/RJ, Dep. Ivan Valente – PSOL/SP, Dep. Glauber Braga – PSOL/RJ, Dep. Jean Wyllys – PSOL/RJ, Dep. Edmilson Rodrigues – PSOL/PA e Dep. Luiza Erundina – PSOL/SP.

Federado. Por isso, a identificação da base jurídica constitucional é relevante, para que se possa verificar de quem é a competência para adotar e implementar a política ou se, em sendo ela concorrente, como pode ser desenhado um arranjo de articulação entre os entes, de modo que eles potencializem os seus recursos financeiros, econômicos, logísticos e de abrangência geográfica, evitando-se também atropelos e redundâncias.

No atual cenário, a ausência de uma lei geral federal instituindo o programa ocasiona o risco de políticas fragmentadas e descontinuadas ao longo do território, e também a excessiva centralização do programa poderia gerar um afastamento, ausência de contato do gestor público com as situações de risco locais, diante da larga extensão territorial. Por isso, um bom desenho para a política demanda necessariamente a articulação e a coordenação de esforços entre a União e os estados. Nesse sentido:

[...] O Brasil é um país federativo, e desta forma, os estados membros têm autonomia na gestão da segurança pública e da justiça. Dessa forma, a ausência de previsão legal a nível federal desobriga órgãos e instituições estaduais e mesmo os órgãos federais de outros âmbitos do poder a aderir à política, contribuindo para o já apontado descompromisso dos governos estaduais com a política. (CBDDH, 2017, p. 68)

De fato, o Decreto nº 6.044/2007 adota como diretriz da política o fortalecimento do pacto federativo, da atuação conjunta e articulada de todas as esferas do governo (art. 4º, I) para a proteção dos defensores de direitos humanos em situação de risco. O Decreto nº 8.724/2016 deixa transparecer, de forma mais clara, o nível de fragilidade da relação existente entre os entes federados, ao estabelecer que a execução do programa será “prioritariamente, por meio de cooperação, firmada, ‘voluntariamente’, entre a União, os estados e o Distrito Federal, com o objetivo de articular medidas que visem à proteção do defensor de direitos humanos” (art. 2º). Obviamente, diante da inexistência de hierarquia entre os entes federados, não seria possível que a União impusesse uma cooperação. Contudo, a Constituição poderia tratar da questão como um dever, e não um voluntarismo, de forma a determinar que todos os entes assumissem o seu papel na adoção e implementação da política. A dependência de uma vontade política discricionária dos estados em relação à adesão à política reflete no baixo número de estados que implantaram os programas estaduais de proteção a(os) defensores(as) de direitos humanos, firmando convênios de cooperação com a União. Também a densidade normativa da regulamentação estadual é baixa, segundo o apurado a partir do Quadro de Referência.

Em âmbito estadual, não há uma uniformidade em relação ao marco legal. A articulação entre os entes federados se dá por meio do instrumento “convênio”. Para o desenho

dos programas estaduais, que atuam em cooperação com o programa nacional, alguns estados regulamentaram por Lei, sendo que a maioria deles estabeleceu o programa por norma regulamentar do Poder Executivo. Nesse sentido, Minas Gerais adotou a Lei Estadual nº 21.164/2014, além do Decreto nº 47.009/2016; Pernambuco adotou a Lei nº 14.912/2012, Ceará adotou o Decreto nº 31.059/2012. O estado do Espírito Santo, que possuía a lei mais antiga (Lei nº 8.233/2005), encerrou as atividades do PPDDH. O estado da Bahia regulamentou por meio do Decreto nº 12.003/2010, mas o programa estadual também foi descontinuado recentemente. Rio Grande do Sul regulamentou pelo Decreto nº 51.594/2014 e o estado do Rio de Janeiro criou por meio de Decreto nº 44.038/2013.

A partir da sistematização permitida pelo Quadro de Referência, é possível verificar dois cenários: o primeiro deles é que a regulamentação do programa tem sido feita, primordialmente por decreto, instrumento normativo com maior flexibilidade de alterações. Além disso, as normas tendem a ser mais genéricas, não contêm previsões específicas sobre custeio e metodologia de análise de risco, o que compõe um quadro de extrema fragilidade do marco normativo. Ademais, desde seu início, o programa não teve uma clara estratégia de implantação. Após lançado em 2004, precisou ser relançado em 2005, sem ter nem sequer um planejamento mínimo ou um marco legal adequado (CBDDH, 2017, p. 62). Depois, a ideia é implementação por meio dos programas estaduais, mas diante da baixa adesão, o programa federal acaba por concentrar não apenas o apoio logístico financeiro, como também a própria execução das atividades do programa.

Por outro lado, mesmo nos cenários estaduais em que houve regulamentação por lei, a adoção do referido instrumento não foi suficiente para impedir o encerramento do programa estadual, com a transferência das responsabilidades à União, tal como ocorreu no Espírito Santo e na Bahia nos últimos dois anos.

3.4 Aspectos críticos do desenho jurídico-institucional: os *standards* interamericanos como critérios para a avaliação jurídica a partir do Quadro de Referência

Considerando todo o Quadro de Referência acima esmiuçado, verifica-se que várias das disfunções enfrentadas e apontadas pela sociedade civil não correspondem a meras insatisfações sociais com o modelo adotado. Ao contrário, várias das questões pontuadas de fato conformam uma situação de inadequação e ineficiência da medida, que não atende ao desenho mínimo exigido.

Em relação aos critérios elencados pela Comissão Interamericana, sem dúvidas, a primeira falha da política é a ausência de um marco legal sólido (CIDH, 2017, p. 122). Tal

exigência para uma política pública lhe permite o atributo de estabilidade, continuidade e institucionalidade, conforme Immergut (2006, p. 156).

De uma forma geral, as políticas públicas se inspiram em algum direito ou garantia constitucional previsto de forma genérica, mas o seu desenho é instituído por lei. A lei é um instrumento normativo geral e abstrato, que exige um devido processo para a sua deliberação, seja no Congresso Nacional (leis federais), Assembleias Legislativas dos Estados (leis estaduais) ou na Câmara Municipal (leis municipais). A adoção da política por lei permite-lhe certa estabilidade e demanda e articulação mais abrangente para eventuais alterações. Ademais, conforme a Lei de Responsabilidade Fiscal, a previsão em lei permite maior identificação da fonte de custeio do programa, o que aumenta a demanda de planejamento orçamentário e também permite maior sustentabilidade para a política. Daí a ideia de que a previsão em lei de uma política a transforma em “Política de estado” e não de governo, permitindo que ela seja continuada, mesmo diante das mudanças nos perfis dos gestores públicos.

Em segundo lugar, relativamente à exigência de cooperação entre os órgãos estatais, o modelo descentralizado, em si, não representa um problema, segundo os parâmetros interamericanos. Contudo, a expressa menção ao “voluntarismo” dos estados e do Distrito Federal para adoção de uma política pública é incompatível com as obrigações internacionais assentadas. A obrigação de proteção se aplica aos entes federados. Não decorre de uma hierarquia entre União e os entes regionais, mas de obrigações internacionais vinculantes a todos eles, a serem implementadas a partir do pacto federativo. Conforme destacado, a obrigação de respeitar, garantir e proteger os defensores e defensoras de direitos humanos tem fundamento transversal em alguns direitos humanos consagrados internacionalmente e na Constituição, inclusive mediante a adoção de políticas públicas. Já é consolidado, no âmbito do Direito Internacional, que diante de uma violação a República Federativa do Brasil poderá ser responsabilizada internacionalmente, seja por ato ou omissão imputável à União, aos estados ou aos municípios. Ainda que a União represente o Brasil internacionalmente, a República não pode invocar o seu direito interno, tampouco a repartição de competências para se eximir de suas obrigações internacionais.

O exercício para a realização do Quadro de Referência também expôs a ausência de transparência e sistematização de dados com exposição da metodologia de coleta destes. Ainda que, pela natureza do programa, as informações sejam protegidas pelo sigilo, o sítio do Ministério de Direitos Humanos é extremamente lacônico, não elenca uma fácil sistematização da base normativa da política, das fontes de custeio e dos resultados obtidos de forma segura. As informações existentes são genéricas e, para a sistematização do presente trabalho, houve um esforço hercúleo de localização a partir dos informes da sociedade civil e das bases de dados fragmentadas por meio de buscadores na internet.

O último elemento explorado no informe da Comissão Interamericana diz respeito à existência de um planejamento financeiro que garanta a sustentabilidade e continuidade da política (CIDH, 2017). Na atualidade, esse é um dos pontos mais sensíveis da política pública, seja pelo fato de que, diante da sua baixíssima institucionalização, os aportes financeiros dependem, em larga medida da vontade política que emana do Ministério de Direitos Humanos. No curto governo Temer (2016-2018), ainda que o programa federal ainda esteja ativo, com a recepção de aportes financeiros, o seu sucateamento tem sido projetado em longo prazo, o que pode gerar um grave retrocesso. Em especial, a adoção da Emenda Constitucional nº 95/2017, com a instituição de um regime de austeridade fiscal, trará um inevitável impacto na manutenção e no incremento progressivo das políticas públicas para a proteção de direitos humanos, tais como a do PPDDH (CIDH, 2017). Também na esfera estadual, a perspectiva de “desmonte” tem sido sentida, com a descontinuidade de alguns programas estaduais, bem como o encerramento de alguns outros, como o do Espírito Santo (pioneiro) e o da Bahia (CBDDH, 2017, p. 61).

Em relação ao mencionado teste de adequação e efetividade proposto pela Corte Interamericana, nota-se que a autonomia do PPDDH em relação ao Provita é adequado e consistente, tendo em vista as diferenças substanciais nas demandas de proteção.

Por outro lado, uma inadequação crônica do PPDDH diz respeito à ausência de uma metodologia rigorosa para análise de risco. Conforme destacado acima, o Conselho Deliberativo Federal adotou um manual de procedimento de avaliação de risco. Contudo, tal manual não está disponibilizado ao público com facilidade de acesso (e.g. via sites de buscadores na internet), o que impede o controle social e a participação popular apta a apontar as suas eficiências e necessidades de melhoria. Também dificulta a possibilidade de questionamento das decisões do Conselho Deliberativo, diante da ausência de acessibilidade aos critérios que pautam as decisões adotadas. A abordagem de gênero e das especificidades étnicas/identitárias também não são expressas na política, situação que necessita ganhar visibilidade e adequação.

Sobre o teste de efetividade, de uma forma geral, o desenho do programa tem condições de atender às exigências de imediaticidade, prévia capacitação dos agentes estatais e da sociedade civil envolvidos.

Outro ponto abordado no caso Defensor de Direitos Humanos vs. Guatemala (Corte IDH, 2014) e Luna Lopez vs. Honduras (Corte IDH, 2013) foi a exigência de participação da sociedade civil. Nesse sentido, assiste razão o questionamento formulado pelo coletivo de ONGs a respeito do Decreto nº 8.724/2016, que excluiu a participação da sociedade civil do Conselho Deliberativo, rompendo, inclusive, com o modelo do programa que serviu de paradigma (Provita).

Ainda que sejam muitos os problemas estruturais detectados, é possível verificar que, desde a sua criação, a política nacional avançou em relação a alguns parâmetros,

como que de abordagem abrangente e interinstitucional, flexibilização em relação às medidas a serem adotadas de acordo com as demandas de cada situação concreta e a promoção de uma cultura de legitimação e proteção do trabalho dos defensores de direitos humanos. Apesar da situação generalizada de risco enfrentada pelas defensoras e pelos defensores de direitos humanos no Brasil, não há dúvidas de que o programa abriu caminhos político-jurídicos para pautar o tema internamente, no âmbito do Estado brasileiro. Tais caminhos serão essenciais para que a sociedade civil resista e exija a sobrevivência do programa, no atual cenário de desmonte e desprestígio das políticas públicas relacionadas a proteção de direitos humanos.

4 Considerações finais

A sistematização propiciada pelo Quadro de Referência permitiu estabelecer os contornos complexos da política em análise, contrastando-a com outro modelo que lhe serviu de base (Provita), para que então se pudesse analisar a sua compatibilidade com os parâmetros internacionais mínimos que exigem a autonomia e a necessidade social imperiosa da manutenção do PPDDH.

Realmente, conforme anunciado por Bucci (2008), só após o detalhamento da política no Quadro de Referência que se tem, de fato, um substrato sólido que permite uma compreensão crítica sobre problemas estruturais. Além das várias disfunções apontadas, o contraponto da política com os parâmetros interamericanos desenvolvidos pela Corte IDH e pela Comissão Interamericana conformam critérios úteis para a avaliação crítica dos elementos expostos no Quadro de Referência. Nesse sentido, extrai-se que a ausência de um marco legal sólido, a dependência exagerada no voluntarismo dos estados federados e a sobrecarga imposta à União para a implementação, a exclusão da sociedade civil do Conselho Deliberativo, além dos problemas de custeio e da ausência de clareza sobre os parâmetros de análise de risco são os principais elementos que não se encontram de acordo com os *standards* internacionais.

Por isso, a proposta de uma abordagem jurídica sobre políticas públicas não deve focar apenas o estudo normativo. O Direito sozinho não salva uma política se a vontade em desmontá-la for considerável. Contudo, a resistência, o ativismo e a luta pela consolidação dos parâmetros internacionais pode servir de ferramentas para a defesa da vida e da militância dos que se dedicam as pautas contramajoritárias. Nesse sentido, Marielle permanece presente, assim como Myrna Mack, Lopez Luna, além de um universo de defensoras e defensores que lutam de forma contínua e infatigável pelos direitos humanos.

Referências

- ANISTIA INTERNACIONAL. **Brazil 2017-2018**. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/countries/americas/brazil/report-brazil/>. Acesso em: 27 jun. 2018.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). **Políticas Públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 225-260.
- _____. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.575/2009**. Visa instituir o programa de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos – PPDDH, no âmbito da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Brasília: Câmara dos Deputados, [2009]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/702658.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2018.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.
- _____. **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**: esencia e transcendencia. Cidade do México: Porrúa, 2007.
- CARVALHO RAMOS, André. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CBDDH. **Vidas em luta**: criminalização e violência contra defensoras e defensores de direitos humanos no Brasil. Organização de Laysa de Queiroz Santos e Alice De Marchi Pereira Souza. Curitiba: Terra de Direitos, 2017. Disponível em: http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2017/07/2017Vidas_em_Luta.pdf. Acesso em: 14 jul. 2018.
- CIDH. **Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos**. OEA/Ser. L/V/II. Doc 027/17. Washington: CIDH, 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Proteccion-Personas-Defensoras.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2018.
- CORAÇÃO Civil. Intérprete: Milton Nascimento. Compositores: Fernando Brant e Milton Nascimento In: Caçador de mim. Intérprete: Milton Nascimento. [S. l.]: Philips, 1981. 1 disco vinil, lado B, faixa 9 (3min13). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4B4zCF0aqBY>. Acesso em: 4 nov. 2018.
- CORTE IDH. **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C, n. 101.
- _____. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Exceções preliminares, Mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, n. 154.
- _____. **Caso Nogueira de Carvalho e otros vs. Brasil**. Exceções preliminares e Mérito. Sentença de 28 de novembro de 2006. Série C, n. 161.
- _____. **Caso Garibaldi vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C, n. 203.
- _____. **Caso Gelman Vs. Uruguay**. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, n. 221.
- _____. **Caso Luna López Vs. Honduras**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de outubro de 2013. Série C, n. 269.
- _____. **Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Série C, n. 283.
- _____. **Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**. Exceções preliminares, Mérito, reparações e custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C, n. 346.

DONNE, John. **Meditation XVII**. The complete English Poems. London: Penguin, 1974.

FOCUS. **Políticas públicas para la protección de las defensoras y los defensores de derechos humanos: Últimas tendencias**. Bruxelas: Bélgica, 2014.

FRONT LINE DEFENDERS. **Relatório anual sobre pessoas defensoras de direitos humanos em risco em 2017**. Disponível em: https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/annual_report_portuguese_0.pdf. Acesso em: 10 jul. 2018.

GARCIA, Luciana Silva. **Eles são surdos**: relações entre o Poder Executivo e o Sistema de Justiça sobre graves violações de direitos humanos. Orientadora: Enéa de Stutz e Almeida. 2017. 451f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/23927/1/2017_LucianaSilvaGarcia.pdf. Acesso em: 20 jul. 2018.

IMERGUT, Ellen. O núcleo teórico do novo institucionalismo. In: SARAVIA, Enrique; Ferrarezi, Elisabete (org.). **Políticas Públicas**. Coletânea. Brasília: ENAP, 2006. v. 1, p. 155-195.

LINDBLOM, Charles. Muddling through 1: a ciência da decisão incremental. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (org.). **Políticas Públicas e Desenvolvimento**: bases epistemológicas e modelos de análise. 2. ed. Brasília: Ed. UnB, 2010. p. 161-180.

MIRANDA, Juliana Gomes. O Direito à Proteção e os defensores de Direitos Humanos na América Latina. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out. 2007. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2419. Acesso em: jun. 2018.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística**: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Portugal: Editorial Verbo, 2007.

MORAND, Charles-Albert. **Le Droit Néo-Moderne des Politiques Publiques**. Paris: LGDJ, 1999.

OHCHR. Website. Disponível em: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/SRHRDefenders/Pages/Declaration.aspx>. Acesso em: 10 jul. 2018.

MDH. **Sobre o PPDDH**. Disponível em: <http://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/programas-de-protecao/ppddh-1/sobre-o-ppddh>. Acesso em: 15 jul. 2018.

OEA. **Defensores de Direitos humanos nas Américas**: apoio às tarefas realizadas por pessoas, grupos e organizações da sociedade civil para a promoção e proteção dos direitos humanos nas Américas. AG/RES. 1842 (XXXII-C/02). Aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 4 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/2002/agres1842.htm>. Acesso em: 17 jul. 2018.

ONU. **Resolução 53/144, de 9 de dezembro de 1998**. Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos ou Órgãos da Sociedade de Promover e Proteger os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos (Defensores de Direitos Humanos). Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/o-defensores-dh.html>. Acesso em: 29 jun. 2018.

VILELA, Fabiano. Brasil é país das Américas que mais mata defensores de direitos humanos. **O Globo**. 5 dez. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2017/12/brasil-e-pais-das-americas-onde-mais-se-mata-defensores-de-direitos-humanos.html>. Acesso em: 1 jul. 2018.

ZWICKER, Steven Shuniti. Programa de Proteção a Vítimas e testemunhas ameaçadas. In: ENCONTRO NACIONAL DE PROCURADORAS E PROCURADORES DOS DIREITOS DO CIDADÃO, 19, 2015, Belo Horizonte. **Palestra...** Belo Horizonte: mar. 2015. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/institucional/eventos-institucionais/enpdc/xix-enpdc/apresentacoes/exposicao-provita>. Acesso em: 10 jun. 2018.

8 A FAMÍLIA NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS: EVOLUÇÃO INTERPRETATIVA E IMPACTOS NO DIREITO INTERNACIONAL NOS ÚLTIMOS SETENTA ANOS

Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian¹

Where, after all, do universal human rights begin? In small places, close to home - so close and so small that they cannot be seen on any maps of the world. Yet they are the world of the individual person; the neighborhood he lives in; the school or college he attends; the factory, farm, or office where he works. Such are the places where every man, woman, and child seeks equal justice, equal opportunity, equal dignity without discrimination. Unless these rights have meaning there, they have little meaning anywhere. Without concerted citizen action to uphold them close to home, we shall look in vain for progress in the larger world.

(Eleanor Roosevelt)²

Resumo: O presente artigo objetiva analisar o artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, relacionado ao direito a se casar e a fundar uma família. O enfoque inicial deste trabalho será dado aos trabalhos preparatórios de aludido documento. Em seguida, serão analisados os avanços, desafios e perspectivas no Direito Internacional de Família em linha com os direitos humanos que hoje devem ser observados por Estados e organismos internacionais com relação à não discriminação e ao direito à felicidade dos membros da família, especialmente quanto à igualdade de gênero e proteção da mulher, de famílias homoafetivas ou originadas por processos bioéticos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direito Internacional. Direito Internacional Privado. Direito Internacional de Família.

Abstract: *The present paper aims to analyze article 16 of the Universal Declaration of Human Rights regarding the right to marry and found a family. The initial approach of this work refers to the preparatory works of the aforementioned document. In turn, will be analyzed the advances, challenges and prospects in the International Family Law in line with the human rights that today must be observed by the States and international bodies and entities with regard to the non-discrimination and the right to happiness of family*

¹ Advogada. Professora de Direito Internacional Privado da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre (2014) e doutoranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil.

² THOUGHT CO. **Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights**. Disponível em: <https://www.thoughtco.com/eleanor-roosevelt-universal-declaration-of-human-rights-3528095>. Acesso em: 12 fev. 2018.

members, especially with regard to gender equality and Women's protection, same-sex families, or originated by bioethical processes.

Keywords: *Human Rights. International Law. Private International Law. International Family Law.*

I Introdução

A possibilidade de se casar e fundar uma família remete a um período deveras anterior a 1948. Contudo, foi apenas após a segunda metade do século XX, em virtude da compreensão da importância da proteção dos indivíduos perante a sociedade internacional, adquirida após o final da Segunda Guerra Mundial, que referido direito se consolidou também em normas universais de Direitos Humanos, notadamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948.

O artigo 16 de referido diploma internacional traz a seguinte determinação:

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.
2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.
3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Juntamente ao reconhecimento expresso de que é a família uma unidade natural e fundamental da sociedade, restou também aberta aos Estados e aos indivíduos a possibilidade de reconhecimento de novas entidades familiares, a despeito de sua nacionalidade, suas escolhas religiosas, raciais e mesmo de orientação sexual, assim como a dissolução de tais grupos humanos. Ademais, o amparo expresso à realização de casamentos somente em caso de consentimento mútuo trouxe novos horizontes à proteção especialmente de meninas e mulheres, por muitas vezes submetidas a matrimônios forçados e à conseqüente violência doméstica.

O artigo 16 da DUDH pode ser interpretado sob uma ótica de desenvolvimento da sociedade internacional em prol de uma aceitação cada vez maior dos direitos dos indivíduos, ampliando o escopo inicial de aplicação daquele artigo em consonância com os demais tratados de Direitos Humanos. Contudo, para que se chegue à análise de novas

formas familiares, bem como de avanços e desafios no estudo do Direito Internacional de Família sob a ótica dos Direitos Humanos e da normativa internacional atinente ao Direito Internacional Privado, faz-se necessária uma análise da dimensão inicial do artigo 16 em seus trabalhos preparatórios, na tentativa de alcançar uma nova compreensão de suas regras, cada vez mais aproximada de um Direito Internacional verdadeiramente voltado à Humanidade.³

O presente artigo, dessa forma, parte da análise das considerações trazidas em relação ao artigo 16 da DUDH durante seus trabalhos preparatórios (*travaux préparatoires*), seguindo à incorporação de tais premissas em tratados específicos de Direitos Humanos, assim como à interpretação de tais regras pelas Cortes Internacionais e Cortes Regionais de Direitos Humanos, para, finalmente, chegar aos desafios e perspectivas atuais do Direito Internacional de Família e de sua necessária proteção em conformidade com as atuais disposições e interpretações internacionais.

O método utilizado para o alcance das principais conclusões será o indutivo e a metodologia se fundamentará em fontes primárias, tais como tratados e outros documentos emanados por Organizações Internacionais, assim como fontes secundárias, com utilização de doutrina nacional e internacional relacionada ao tema.

2 A elaboração do artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos sob as lentes dos responsáveis por seus *travaux préparatoires*

Apesar do curto período de duração dos trabalhos preparatórios da DUDH no âmbito da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas,⁴ instituída em 1947 – que, para a elaboração de referido documento, realizou trabalho em paralelo com a Unesco⁵ –, é possível afirmar que seu resultado final, publicado em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, constituiu-se como uma forma de reafirmar a importância da preservação da Humanidade perante a sociedade como um todo, de forma a protegê-la das atrocidades cometidas durante a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais.⁶

3 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **International law for humankind: towards a new jus gentium**. The Hague Academy of International Law. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

4 CASSIN, René. **L'homme sujet de droit international et la protection universelle de l'homme**. La technique et les principes du droit public: Études en l'honneur de Georges Scelle. Paris: LGDJ, 1950, p. 67-91. Disponível em: <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/03/Cassin-Mel-Scelle.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018.

5 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. PERRONE-MOISÉS, Cláudia (org.). **O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999, p. 16.

6 PIOVESAN, Flávia (org.). **Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado**. São Paulo: DPJ, 2008

Como trazido no preâmbulo daquele documento internacional, a intenção foi justamente a de afirmar serem os Direitos Humanos universais, indivisíveis e inalienáveis. Assim como os Pactos que lhe deram complemento em 1966 – e que formaram a chamada Carta Internacional de Direitos Humanos⁷ –, bem como os demais tratados específicos que se valeram de suas colocações e pressupostos⁸, a DUDH assegurou a universalidade de seus direitos em sua inspiração, expressão, seu conteúdo, campo de aplicação e potencial⁹, e, não obstante seu caráter recomendatório, tornou-os regras imperativas do Direito Internacional.¹⁰

Em especial em relação ao artigo 16, concernente ao direito de fundar uma família, os responsáveis pela redação da DUDH ligaram a necessidade de sua proteção à responsabilidade dos Estados,¹¹ ainda mais se considerado o fato de ser a família a principal base da sociedade. Com isso, a proteção dos núcleos familiares deveria ser implementada pelos Estados também em suas legislações internas e protegidas por seus respectivos Poderes.¹²

Ademais, referido artigo deveria ser lido em consonância com os anteriores, especialmente o artigo 2, que traduz a ideia de igualdade, independentemente de quaisquer possíveis distinções de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, social, dentre outras. Tal colocação se fez imperativa em um documento que buscava abranger as populações de todas as nações do globo.¹³

7 CARVALHO RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2016, p. 151.

8 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Reflexiones sobre las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948 con Ocasión de su Cuadragésimo Aniversario. **Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, N. especial, 1989, p. 121-129. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06857-6.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2018.

9 CASSIN, René. **L'homme sujet de droit international et la protection universelle de l'homme**. La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle, Paris, LGDJ, 1950, t. 1, p. 67-91. Disponível em: <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/03/Cassin-Mel-Scelle.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018.

10 Sobre regras imperativas de Direito Internacional ou *Jus cogens*, ver: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **International law for humankind: towards a new jus gentium**. The Hague Academy of International Law. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. e COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 239.

11 CASSIN, René. **L'homme sujet de droit international et la protection universelle de l'homme**. La technique et les principes du droit public: Études en l'honneur de Georges Scelle. Paris: LGDJ, 1950, p. 67-91. Disponível em: <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/03/Cassin-Mel-Scelle.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018, p. 78.

12 Tal afirmação se confirma quando da leitura do primeiro *draft* da DUDH, em que o direito ora previsto se consubstanciava tão somente no direito ao casamento, devendo este estar de acordo com as leis dos respectivos Estados. ONU. United Nations Economic and Social Council. **E/CN.4/AC.1/3. 1947**. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/AC.1/3. Acesso em: 14 nov. 2018.

13 Há autores, contudo, que criticam a aludida postura universalista da época, visto que esta desconsiderou muitos dos povos não ocidentais e de nações em desenvolvimento: YASUAKI, Onuma. **Direito Internacional em perspectiva transcivilizacional: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI**. Tradução de: Jardel Gonçalves Anjos Ferreira et al. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

Outra preocupação inserida expressamente no artigo em comento diz respeito ao casamento entre pessoas de diferentes nacionalidades.¹⁴ Vistos os horrores do final da Segunda Guerra Mundial, com o profundo desrespeito às mais diferentes nações,¹⁵ buscou o texto ressaltar a importância de se reconhecer as relações familiares independentemente da nacionalidade de seus membros.

Apesar de haver uma única mulher na Comissão dos *travaux préparatoires*, Eleanor Roosevelt – que os presidiu –, sua conhecida trajetória em prol das mulheres¹⁶ contribuiu para a inserção de regras igualitárias de gênero em todo o documento e sobretudo no artigo ora sob análise.

É também marcante em relação à redação do artigo 16 a participação da Comissão do *Status da Mulher nos travaux préparatoires*.¹⁷ A contribuição daquele órgão foi fundamental para garantir a proteção aos direitos das mulheres não apenas em relação ao casamento, mas também ao divórcio¹⁸ e ao livre arbítrio na constituição de uma relação familiar.

Uma vez vistas as principais considerações a respeito do artigo 16 nos trabalhos preparatórios da DUDH, serão analisados os principais desdobramentos de referida regra nas mais variadas Convenções que a sucederam.

3 Desdobramentos do artigo 16: tratados subsequentes e direitos protegidos

Conforme visto anteriormente, o direito universal e inalienável de fundar uma família restou concretizado na DUDH a rigor das regras internas de cada Estado,¹⁹ sem, contudo, deixar de ser observada a igualdade entre homens e mulheres em sua constituição e eventual desfazimento.

¹⁴ CASSIN, René. **L'homme sujet de droit international et la protection universelle de l'homme**. La technique et les principes du droit public: Études en l'honneur de Georges Scelle. Paris: LGDJ, 1950, p. 67-91. Disponível em: <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/03/Cassin-Mel-Scelle.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018, p. 80.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 245.

¹⁶ ROOSEVELT, Eleanor. **What ten million women want**. The Eleanor Roosevelt Papers Project. Disponível em: <https://www2.gwu.edu/~erpapers/documents/articles/whattentmillionwomenwant.cfm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

¹⁷ OC MRIA, William A. Schabas. **The Universal Declaration of Human Rights**: The Travaux Préparatoires. October 1946 to November 1947. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. xcix-cii.

¹⁸ A inserção do comentário referente à igualdade de gêneros quando do divórcio é de responsabilidade da Comissão do *Status da Mulher*: ONU. United Nations Economic and Social Council. **E/CN.4/81**. 1948. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/81. Acesso em: 14 nov. 2018.

¹⁹ UNITED NATIONS. **General Assembly Resolution 1040 (XI)**. 1957. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/340/44/IMG/NR034044.pdf?OpenElement>. Acesso em: 14 nov. 2018.

Tendo essa realidade em vigor, e considerada a relevante participação da Comissão do *Status* da Mulher na consolidação de tal regra, é a constatação de que as primeiras normas de cunho internacional formalizadas em período posterior à edição da DUDH tenham sido elaboradas levando em consideração os princípios e pressupostos sugeridos durante os *travaux préparatoires*.

Sendo assim, em especial por força da atuação da Comissão do *Status* da Mulher, foram aprovadas as seguintes normas relevantes em matéria de Direito de Família e Direitos das Mulheres²⁰: (I) Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada, que entrou em vigor em 11 de agosto de 1958; (II) Convenção sobre o Consentimento para Casamento, Idade Mínima para Casamento e Registro dos Casamentos²¹, que entrou em vigor em 9 de dezembro de 1964; e (III) Recomendação para o Casamento, a Idade Mínima para Casamento e o Registro de Casamento,²² adotada em 1º de novembro de 1965, com o objetivo de regular a Convenção anterior trazendo expressamente a obrigação de os Estados, independentemente de suas crenças religiosas e culturais prevalentes, estabelecerem regras referentes à idade mínima para o casamento. Além dos aludidos tratados, destacam-se as disposições contidas no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 23) e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigos 3, 10 e 11).

Com o avançar dos anos, na segunda metade do século XX, a preocupação internacional com a participação da mulher como agente ativo no desenvolvimento da sociedade global permitiu que novas discussões se voltassem à sua atuação no universo familiar, em especial em relação a seu planejamento,²³ sem que houvesse qualquer discriminação ou forma de violência. Dessa maneira, em 1967, foi aprovada a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher,²⁴ considerada a semente da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Cedaw),²⁵ adotada em 1979 e com entrada em vigor em 1981, esta última tida como o primeiro tratado a dispor especificamente sobre os direitos das mulheres e a determinar não apenas a

20 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 244.

21 UNITED NATIONS. **General Assembly Resolution 1763 A (XVII)**. 1962. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/192/71/PDF/NR019271.pdf?OpenElement>. Acesso em: 14 nov. 2018.

22 UNITED NATIONS. **General Assembly Resolution 2018 (XX)**. 1965. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/217/81/IMG/NR021781.pdf?OpenElement>. Acesso em: 14 nov. 2018.

23 SEN, Amartya Kumar. **Development as Freedom**. Nova Iorque: First Anchor Books Edition, 2000.

24 UNITED NATIONS. **General Assembly Resolution 2263 (XXII)**. 1967. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a22r2263.htm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

25 UNITED NATIONS. **General Assembly Resolution 34/180**. 1979. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a34r180.htm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

promoção de seus direitos na busca da igualdade de gênero, mas também a repressão a quaisquer discriminações contra a Mulher praticadas pelos Estados Partes.²⁶

Especificamente quanto aos direitos das mulheres em suas relações familiares, o artigo 16 da Cedaw também trouxe a obrigação dos Estados de assegurar a igualdade entre homens e mulheres tanto para contrair quanto para dissolver a relação conjugal. O diferencial da Cedaw em relação à DUDH se encontra na questão do planejamento familiar, com a determinação da igualdade de direitos entre homens e mulheres na decisão de ter ou não filhos, bem como quanto à participação feminina no mercado de trabalho e nos direitos de propriedade. Referido artigo, contudo, conta com um grande número de reservas por parte dos Estados signatários,²⁷ que muitas vezes demonstram sua discordância especialmente em razão de entendimentos e preceitos fundamentados na religião.

Conta também a Cedaw com um Comitê, que atua no exame dos progressos alcançados pelos Estados signatários de seu Protocolo Facultativo na aplicação daquela Convenção.²⁸ A adoção de um Protocolo Facultativo à Cedaw²⁹ reforçou os mecanismos já existentes de proteção à mulher ao instituir dois mecanismos de monitoramento, quais sejam: um mecanismo de petição e outro investigativo. Por meio do mecanismo de petição, foi instituída a permissão para o encaminhamento de denúncias de violação à Convenção à apreciação do Comitê Cedaw. O procedimento investigativo, por sua vez, habilitou o Comitê Cedaw a investigar a existência de graves violações aos direitos humanos das mulheres.³⁰ A atuação do Comitê Cedaw na apreciação de petições individuais, em especial em demandas relacionadas ao tema do presente trabalho, serão analisadas no item subsequente.

Ainda em relação à proteção da mulher em suas relações familiares, a Recomendação Geral nº 21 do Comitê Cedaw,³¹ datada de 1994 – considerado o ano internacional da família pela Assembleia Geral da ONU³² –, trouxe disposições referentes aos direitos das Mulheres na esfera familiar, instando os Estados Partes daquela Convenção a adotar medidas capazes de desencorajar as noções de desigualdade da Mulher no ambiente

26 PIMENTEL, Sílvia. **Experiências e desafios**: Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW/ONU) – Relatório bienal de minha participação. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008, p. 15.

27 UNITED NATIONS. **Reservations to CEDAW**. Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations-country.htm>. Acesso em: 12 de fev. 2018.

28 PIMENTEL, Sílvia. **Experiências e desafios**: Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW/ONU) – Relatório bienal de minha participação. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008, p. 19.

29 UNITED NATIONS. **A/54/L4**. 1999. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a54r4.htm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

30 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 207-210.

31 PIOVESAN, Flávia (org.). **Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado**. São Paulo: DPJ, 2008, p. 244.

32 UNITED NATIONS. **A/RES/44/82**. 1989. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/44/a44r082.htm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

familiar, independentemente de questões religiosas ou de estruturas tidas por patriarcais. A Recomendação Geral de nº 29, datada de 2013,³³ foi além quando da menção à necessária proteção aos mais variados núcleos familiares, devendo ser necessariamente respeitados aqueles constituídos independentemente de questões religiosas, bem como famílias homoafetivas.

Outros documentos de igual importância para a proteção do Direito Internacional de Família pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos merecem destaque, tais como a Declaração e a Plataforma de Ação de Pequim, datada de 1995.³⁴ Ademais, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, adotados em 2000³⁵, também trouxeram a igualdade familiar como princípio fundamental. Em 2016, quando da entrada em vigor dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável,³⁶ tal princípio foi reafirmado, em especial se considerada a continuidade e permanência de uma série de violações aos direitos das mulheres, tais como violência doméstica, casamento com menores de idade, mutilação genital, existência de consento para relações sexuais em uniões afetivas ou relações matrimoniais, e participação na renda familiar além da realização de trabalho doméstico.³⁷

No Plano Regional de Proteção aos Direitos Humanos, além das Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos e da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos merece destaque a chamada Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará.³⁸

Adotada em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, foi, no contexto interamericano, o primeiro tratado regional de direitos humanos ratificado pelo maior número de Estados e o primeiro a reconhecer a violência contra a mulher como fenômeno generalizado.³⁹ Seu artigo segundo determina que referida forma de agressão abrange as

33 UNITED NATIONS. **CEDAW/C/GC/29**. 2013. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/29&Lang=en. Acesso em: 14 nov. 2018.

34 Idem, parágrafo 7.

35 UNITED NATIONS. **Millennium Development Goals**. Disponível em: <http://www.un.org/millenniumgoals/bkgd.shtml>. Acesso em: 20 fev. 2018.

36 UNITED NATIONS. **Sustainable Development Knowledge Platform**. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/sdgs>. Acesso em: 20 fev. 2018.

37 UNITED NATIONS. **Sustainable Development Knowledge Platform: Sustainable Development Goal 05**. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/sdg5>. Acesso em: 20 fev. 2018.

38 ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women "Convention of Belém do Pará"**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-61.html>. Acesso em: 16 fev. 2018.

39 CARDIA, Ana Cláudia Ruy. A violência contra a mulher e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: avanço na jurisprudência Interamericana após 21 anos da Convenção de Belém do Pará. In: OLIVEIRA, Ana Carla Vastag Ribeiro de; IWANCOW, Carolina; ALARCON, Rosana Bastos (org.). **Atualidades do Direito Internacional: estudos em homenagem ao Professor Doutor Antônio Márcio da Cunha Guimarães**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 29-40.

esferas física, sexual e psicológica e, independentemente do compartilhamento ou não da residência, consagra, entre outras formas, estupro, maus-tratos e abuso sexual. O artigo sexto, por sua vez, traz a determinação expressa de que o direito das mulheres de se verem livres de todas as formas de violência abrange, entre outros, uma educação isenta de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação, determinação esta que deve se estender às relações familiares.

Tamanha é a importância de referida norma nos contextos regional e global de proteção aos Direitos Humanos que suas disposições são objeto de análise não apenas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal com competência processual e material para se valer de suas disposições em suas decisões, mas também outras Cortes, como é o caso da Corte Europeia de Direitos Humanos, o que será analisado no item subsequente.

No contexto europeu, destaca-se também a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, ou Convenção de Istambul.⁴⁰ Referido documento foi adotado pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em abril de 2011, entrando em vigor em 2014. Dentre suas disposições, destacam-se as medidas de prevenção, que incluem a obrigação dos Estados de promover a educação necessária aos seus nacionais para a não ocorrência de tal forma de violência, bem como a necessária cooperação entre os órgãos nacionais para coibir os atos consumados.

Em relação à formação de famílias homoafetivas, dá-se destaque para a recente Resolução da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas que estabeleceu a criação de um mandato para um *expert* sobre a proteção contra a violência e a discriminação baseadas na orientação sexual e identidade de gênero.⁴¹ Destacam-se também os Princípios de Yogyakarta e os Princípios Adicionais e Obrigações do Estado na Aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em Relação à Orientação Sexual, Identidade de Gênero, Expressão de Gênero e Características Sexuais para Completar os Princípios de Yogyakarta.⁴²

Depreende-se, portanto, que as disposições trazidas pela DUDH no que tange ao direito de fundar e manter uma família, se inicialmente consideradas em relação a um aspecto protetivo da igualdade entre homens e mulheres no seio familiar, confirmaram-

⁴⁰ COUNCIL OF EUROPE. **Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence**. Disponível em: <https://rm.coe.int/168046031c>. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁴¹ UNITED NATIONS. **A/HRC/RES/32/2**. 2016. Disponível em: <https://daccess-ods.un.org/TMP/2437282.3536396.html>. Acesso em: 14 nov. 2018.

⁴² THE YOGYAKARTA PRINCIPLES. **The Yogyakarta Principles**. Disponível em: <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/>. Acesso em: 22 fev. 2018.

-se com o avançar da história, abrangendo não apenas a participação feminina e a consolidação de sua igualdade quanto ao planejamento familiar e dotação orçamentária e patrimonial, mas também em relação à eliminação das desigualdades, que muitas vezes acabam por resultar em formas de violência física, psicológica e sexual. O mesmo raciocínio se aplica às relações homoafetivas, sendo prezada a identidade de gênero em detrimento de características biológicas dos indivíduos.

O desdobramento da regra geral prevista na DUDH nas convenções específicas nos planos global e regional – além de outras Convenções igualmente empregáveis ao tema ora sob análise, como é o caso, por exemplo, das convenções da ONU voltadas ao combate da discriminação racial e proteção de crianças, comprova tão somente seu caráter universal, bem como solidifica seu ideal como regra imperativa de Direito Internacional e de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A seguir, serão analisados o impacto e o alcance das disposições contidas no artigo 16 da DUDH, com a interpretação dada conforme a casuística enfrentada pelos mais diferentes órgãos e organizações.

4 O alcance interpretativo do artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas

Quanto às orientações oriundas dos Comitês da ONU competentes para receber reclamações individuais,⁴³ as violações aos direitos de família enquadram-se especialmente naquelas voltadas à violência contra a mulher (Cedaw), mas também abrangem casos de repatriação de imigrantes, o que, por vezes, acaba por dissociar os familiares entre os Estados envolvidos, ou mesmo causar danos a famílias inteiras em razão de deportações para Estados com situações de graves violações aos direitos humanos.⁴⁴

A jurisprudência nesse sentido acaba por variar entre os Comitês, em razão de os temas serem a eles afeitos e correlatos, devendo ser observada a disposição da DUDH e dos demais tratados relacionados, em especial em um momento histórico em que se verifica um grande número de imigrantes e refugiados ao redor do globo, além de questões cada vez mais latentes contrárias à imigração.⁴⁵

Em relação ao direito das mulheres vinculado ao direito de família, dá-se destaque ao *Caso Alyne vs. Brasil* no Comitê Cedaw, primeiro caso relacionado à mortalidade materna em situações que poderiam ter sido evitadas pelo Estado. A mortalidade feminina

⁴³ A respeito dos Comitês estabelecidos em Protocolos Adicionais ou Facultativos de determinados tratados da ONU, ver: CARVALHO RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva: 2016, p. 299-332.

⁴⁴ A esse respeito, ver de forma exemplificativa: UNITED NATIONS. **CCPR/C/117/D2378/2014**. 2017.

⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

se configura como forma de violência contra a mulher inculpada na Cedaw, e, apesar de não haver menção expressa ao artigo 16 daquele tratado na decisão do Comitê Cedaw (visto que o caso teve por foco a precariedade do sistema público de saúde no Brasil), é perfeitamente possível relacioná-lo à formação e à manutenção de um núcleo familiar digno.⁴⁶

No tocante à judicialização da proteção dos Direitos Humanos,⁴⁷ em especial com a existência de Cortes regionais competentes para o julgamento de violações por Estados, é de rigor observar a proteção dada aos direitos familiares e aos direitos das mulheres.

Na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, merece destaque o Caso Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil,⁴⁸ de 2001, paradigmático na proteção das mulheres vítimas de violência doméstica, em que aquele órgão se valeu das disposições da Convenção de Belém do Pará para recomendar ao Estado brasileiro a adoção de medidas administrativas, legislativas e judiciais voltadas à proteção de mulheres em suas relações familiares.

O *Caso Gonzalez y Otras v. México*, também conhecido como “Campo Algodoeiro”,⁴⁹ foi o primeiro caso contencioso especificamente relacionado à violação aos direitos humanos das mulheres julgado sob a égide da Convenção de Belém do Pará na Corte Interamericana de Direitos Humanos, e trouxe à tona o fato de que a discriminação contra a mulher faz parte de um padrão sistemático de violação aos direitos humanos nas Américas. Em referido caso, discutiu-se o desaparecimento e o assassinato, em 2001, de três de oito mulheres no local conhecido como Campo Algodoeiro, em Cidade Juarez, no México. Segundo os representantes das vítimas, eram comuns situações de violência naquela cidade, em que as mulheres e crianças do sexo feminino eram abusadas apenas pelo fato de serem mulheres, culminando no auge da violência pública e privada e comprovando a questão cultural de inferioridade a que aquelas mulheres se encontravam submetidas.

Baseando-se nesses fatos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos confirmou a prática de violência exclusiva por gênero ao decidir pela violação, pelo México, dos artigos 4, 5, 7, 11 e 19 da Convenção Americana em relação às vítimas, tendo por eixo principal o artigo 7º da Convenção de Belém do Pará. Determinou, ainda, haver naquela região uma cultura de discriminação contra a mulher, que culminou na prática de tais

⁴⁶ UNITED NATIONS. **CEDAW/C/49/D/17/2008**. 2011. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2FC%2F49%2FD%2F17%2F2008&Lang=en. Acesso em: 14 nov. 2018.

⁴⁷ CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁸ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Maria da Penha Fernandes v. Brasil Case**. Report n. 54/01, Case 12.051. Decisão de 16 de abril de 2001.

⁴⁹ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Gonzales y Otras v. Mexico**. Série C, n. 205. Sentença de 16 de novembro de 2009.

crimes, assim como a ineficiente resposta das autoridades diante de tais atos, como a falta de investigação dos crimes ocorridos.

Referido caso se constitui como importante precedente para a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que diz respeito ao feminicídio e outras formas de violência contra a mulher. Sua importância é fundamental no estabelecimento de uma cultura de proteção aos direitos das mulheres no contexto interamericano, tendo por premissa os dispositivos da Convenção de Belém do Pará.

Na Corte Europeia de Direitos Humanos verifica-se um grande número de casos que repousam em situações de maus-tratos contra as mulheres na esfera doméstica,⁵⁰ em que o marido ou companheiro são os principais responsáveis pelas violações aos seus direitos. A título de exemplo, menciona-se o *Caso A. v. Croácia*,⁵¹ em que aquela Corte decidiu pela violação ao artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, sob a determinação de que o conceito de “vida privada” insculpido no artigo diz também respeito à integridade física e psicológica da pessoa, o que inclui sua vida sexual. No *Caso Hajduová v. Eslováquia*,⁵² que conta com fatos semelhantes ao caso anterior, a Corte determinou que o objeto primordial do artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos repousa na proteção do indivíduo contra a ação arbitrária das autoridades públicas, principalmente daqueles que compõem grupos vulneráveis, como mulheres e crianças. No *Caso Opuz v. Turquia*,⁵³ a proibição à tortura foi conjugada aos artigos 2º (direito à vida) e 14 da Convenção Europeia, este último referente à não discriminação. Naquele julgado, a Corte declarou que a falha em oferecer proteção adequada baseou-se exclusivamente no fato de a requerente e sua mãe serem mulheres, em franca discriminação de gênero, invocando ainda os instrumentos internacionais de proteção à mulher, como as decisões do Comitê Cedaw e a Convenção de Belém do Pará.

Quanto à possibilidade de os cônjuges recorrerem a métodos alternativos para a concepção de seu núcleo familiar, dá-se destaque à decisão proferida no *Caso Artavia Murillo e Outros v. Costa Rica*,⁵⁴ julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 28 de novembro de 2012 e que se constitui como um caso paradigmático no âmbito do Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos em relação à temática da reprodução assistida.

⁵⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Bevacqua and S. v. Bulgaria**. Application n. 71127/01. Sentença de 12 de setembro de 2008.

⁵¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **A v. Croatia**. Application n. 55164/08. Sentença de 14 de janeiro de 2011.

⁵² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Hajduová v. Slovakia**. Application n. 2660/03. Sentença de 28 de fevereiro de 2011.

⁵³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Opuz v. Turkey**. Application n. 33401/02. Sentença de 9 de setembro de 2009.

⁵⁴ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Artavia Murillo y Otros v. Costa Rica**. Série C, n. 257. Sentença de 28 de novembro de 2012.

No caso, as vítimas, nacionais da Costa Rica, questionaram a violação de seus direitos garantidos na Convenção Americana de Direitos Humanos ante a proibição expressa, pela Câmara Constitucional da Suprema Corte de seu Estado, de realização da fertilização *in vitro*, dentre eles o direito sobre a proteção da família e possibilidade de formação de uma família (17(2)).

Com relação ao direito à vida privada e familiar, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que, além de referido direito em sua acepção tradicional, qual seja, a de garantia do papel central da família na vida dos indivíduos, bem como de possibilidade de se formar uma família, referido direito também está relacionado à autonomia reprodutiva e ao direito ao acesso aos meios tecnológicos oriundos da medicina que sejam necessários para o exercício deste direito. Foi também feita menção ao artigo 16(e) Cedaw, que garante às mulheres a liberdade de escolha na formação de sua prole, bem como o acesso à informação necessária a este propósito, tendo sido trazida como premissa a interpretação evolutiva das disposições de direitos humanos insculpidas na Convenção Americana e na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – esta última no sentido de que, apesar de a fertilização *in vitro* não ter sido prevista na Convenção Americana no momento da elaboração de seu artigo 4(1), é dever da Corte o de interpretar referido instrumento à luz da evolução da sociedade internacional.

Não obstante os votos dissidentes e concorrentes que se seguiram a tal decisão, é possível concluir que a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso Artavia Murillo e Outros v. Costa Rica* representa um potencial avanço à proteção dos direitos reprodutivos e ao direito à vida privada e familiar no continente americano.

Já no *Caso S.H. e Outros v. Áustria*,⁵⁵ decidido pela *Grand Chamber* da Corte Europeia de Direitos Humanos em 3 de novembro de 2011, dois casais de nacionalidade austríaca questionaram a norma interna daquele Estado sobre reprodução artificial, que proibiu a doação de óvulos e esperma para a realização do procedimento da fertilização *in vitro*. Foram, dessa maneira, alegadas violações ao artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como a violação de referido artigo em conjunto com o artigo 14 da mesma Convenção.

A alegação de violação ao artigo 8º foi feita em razão de os casais, impossibilitados de conceberem seus filhos por meios naturais, terem considerado violado seu direito a plena vida familiar com a proibição da legislação austríaca. Em sua decisão a *Grand Chamber* concluiu que o conceito de vida privada delimitado no artigo 8º da Convenção Europeia deve ser interpretado de forma ampla, abarcando, entre outros direitos, o direito à vida sexual. Amparando-se nas decisões proferidas em casos anteriores, a Corte decidiu pela aplicabilidade daquele artigo aos casais que buscam a medicina assistida

⁵⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **S.H. and Others v. Austria**. Application n. 57813/00. Sentença de 3 de novembro de 2011.

para reprodução, o que inclui o procedimento de fertilização *in vitro*. Contudo, os juízes de referida Corte decidiram que esta questão, dada sua repercussão ética e moral diante do rápido desenvolvimento tecnológico, deve estar sujeita a uma ampla margem de apreciação⁵⁶ pelos Estados que ratificaram a Convenção Europeia de Direitos Humanos, decidindo, portanto, que a norma austríaca que proibia a prática de reprodução assistida almejada pelos autores não violou o artigo então reclamado.⁵⁷

Em relação à possibilidade de formação de famílias homoafetivas, é necessária a realização de uma interpretação dinâmica e evolutiva da Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como dos demais tratados a ela subsequentes. Isso porque a *ratio* daquele instrumento, no momento de sua criação, não considerou a possibilidade de formação e consolidação de relações homoafetivas sob a guarida dos Estados. Essa, contudo, é uma realidade hoje existente e legalmente prevista em um grande número de Estados e, não obstante haja eventual resistência por parte de outros Estados, o respeito à liberdade pessoal deve ser levado em consideração em cada jurisdição individualmente.

Assim, foi possível a compreensão de que um tratado, uma vez estabelecido, adquire vida própria, devendo ser interpretado à luz das reivindicações da sociedade contemporânea, independentemente da intenção daqueles que o estabeleceram.⁵⁸

Na Corte Europeia de Direitos Humanos, a questão referente às relações homoafetivas teve seus contornos definidos pelos *Casos X. v. Austria*,⁵⁹ *Schalk and Kopf v. Austria*,⁶⁰ *Vallianatos and Others v. Greece*,⁶¹ *Oliari and Others v. Italy*,⁶² *Orlandi and Others v. Italy*⁶³ (este último relacionado ao reconhecimento, pela Itália, de casamentos homoafetivos realizados fora do território italiano, em evidente relação de Direito Internacional Privado), entre outros, no sentido de que os Estados devem garantir a devida proteção às fa-

56 CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 168-171.

57 CARDIA, Ana Cláudia Ruy. Fertilização *in vitro*: uma análise do procedimento à luz da jurisprudência das Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos. In: PEREIRA, Ana Cristina Paulo. MENEZES, Wagner (org.). **Direito e Relações Internacionais na América Latina**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 8-21.

58 No original: “[...] a treaty or a text that has once been established acquires a life of its own. Consequently, in interpreting it, we must have regard to the exigencies of contemporary life rather than to the intentions of those who framed it”. Fonte: OC MRJA, William A. Schabas. **The Universal Declaration of Human Rights**: The Travaux Préparatoires. October 1946 to November 1947. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. xxxviii.

59 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **X. v. Austria**. Application n. 8003/77. Sentença de 3 de outubro de 1979.

60 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Schalk ad Kopf v. Austria**. Application n. 30141/04. Sentença de 22 de novembro de 2010.

61 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Vallianatos and Others v. Greece**. Applications n. 29381/09 e n. 32684/09. Sentença de 7 de novembro de 2013.

62 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Oliari and Others v. Italy**. Applications. n. 18766/11 e n. 36030/11. Sentença de 21 de outubro de 2015.

63 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Orlandi and Others v. Italy**. Applications n. 26431/12, n. 26742/12, n. 44057/12 e n. 60088/12. Sentença de 14 de dezembro de 2017.

mília homoafetivas, independentemente de seu *status* marital. Qualquer atividade em sentido contrário pode ensejar a violação do artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, estabeleceu precedente relevante na *Opinião Consultiva OC nº 24/17*⁶⁴, ao afirmar que os Estados devem reconhecer e garantir a identidade de gênero dos indivíduos e todos os direitos derivados de um vínculo familiar entre pessoas do mesmo sexo. A Opinião Consultiva, de caráter histórico para o continente americano, também determinou que os Estados facilitem a troca da identidade sexual dos indivíduos em seus registros civis, tomando como base, inclusive, o extenso arcabouço de Resoluções provenientes do Conselho de Direitos Humanos e da Assembleia Geral das Nações Unidas. Ademais, referido tribunal já se manifestou em outras ocasiões a respeito dos direitos de pessoas LGBTI nos casos *Atala Riffo y niñas v. Chile*⁶⁵ e *Duque v. Colombia*.⁶⁶

Outro tema referente às relações familiares que merece atenção no presente trabalho é a maternidade por substituição. Atualmente, há um número crescente de casais que buscam, muitas vezes em jurisdições alheias às suas (especialmente em razão de proibição legal em seu próprio Estado, ou mesmo ausência de legislação sobre o tema), conceber sua prole por meio dessa prática. Os problemas, em geral, se verificam quando do retorno das crianças ao Estado de origem da família que os percebeu. A esse respeito, apesar de discussões no plano internacional sobre a necessidade de estabelecimento de regras mais precisas sobre o tema, em especial no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado,⁶⁷ é reconhecida a dificuldade dos Estados de lidar com a questão, sobretudo em relação ao registro das crianças, como se verifica em alguns precedentes, por exemplo, da Corte Europeia de Direitos Humanos (*Caso Paradiso and Campanelli v. Italy*⁶⁸).

Denota-se, assim, que o conceito de direito ao casamento e à constituição de uma família inicialmente previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos hoje devem

64 INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Opinião Consultiva OC-24/17**. Proferida em 9 de janeiro de 2018.

65 INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Atala Riffo y niñas v. Chile**. Série C, n. 239. Sentença de 24 de fevereiro de 2012.

66 INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Duque Vs. Colombia**. Série C, n. 210. Sentença de 26 de fevereiro de 2016.

67 O grupo de experts que discute o estabelecimento de uma convenção sobre o tema trouxe seus últimos entendimentos em setembro de 2018. HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (Meeting of 25-28 September 2018)**. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/8525d54b-4923-466a-bb-23-01f747d076fd.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2018. Ademais, a respeito da evolução dos trabalhos da **Conferência da Haia de Direito Internacional Privado sobretudo com avanços no campo do Direito Internacional de Família**, ver: CARVALHO RAMOS, André de; ARAUJO, Nadia de (org.). *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e seus impactos na sociedade: 125 anos (1893-2018)*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

68 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Paradiso and Campanelli v. Italy**. Applicaton n. 25358/12. Sentença de 24 de janeiro de 2017.

ser interpretados à luz da evolução da proteção dos direitos dos indivíduos na sociedade internacional.

O progresso da situação feminina e novas modalidades de família, incluindo aquelas formadas por casais homoafetivos e mesmo com filhos gerados por meios biogenéticos ou por maternidade por substituição hoje devem ser incluídos ao rol inicial da letra do artigo escrito em 1948. O ideal de proteção dos indivíduos, uma vez descrito, constitui o pressuposto que orienta as novas interpretações dos órgãos ligados à Organização das Nações Unidas, bem como das Cortes Regionais de Direitos Humanos e, conseqüentemente, de tribunais domésticos, abrangendo, portanto, as novas modalidades familiares naquela que era e continua sendo a principal base da convivência humana.

5 Conclusão

Independentemente de eventuais críticas sobre seu caráter meramente recomendatório perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos, é sabido que a DUDH corroborou para afirmação histórica dos Direitos Humanos como pertencentes à Humanidade como um todo, servindo de base para uma série de tratados específicos sobre a matéria em referência, que, lidos em conjunto com aquele documento, atestam sua importância e universalidade. Ademais, é possível afirmar que as disposições da DUDH se traduzem como normas imperativas de Direito Internacional geral.

Em especial em relação ao Direito de Família internacional e doméstico, a Declaração Universal dos Direitos Humanos não somente reconheceu o direito ao casamento e de fundação de um núcleo familiar independentemente de questões de raça e nacionalidade. Reconheceu, também, a necessidade de os Estados atuarem com vistas ao fim de relações matrimoniais sem o consentimento mútuo, além de igualdades de direitos quando da cessação dos efeitos matrimoniais.

Passados setenta anos da adoção de tal norma internacional, é sabido que sua essência se mantém no que tange aos direitos de família, devendo, contudo, ser observadas as mudanças existentes nessa seara, tais como a necessária emancipação feminina de uma sociedade ainda patriarcal, a existência de famílias homoafetivas, assim como famílias originadas por processos bioéticos ou mesmo por maternidade por substituição.

A interpretação de tal dispositivo, portanto, deve ser dinâmica e evolutiva, feita em relação aos preceitos internacionais que garantem sua complementaridade, assim como às decisões proferidas por Cortes Internacionais e Regionais voltadas à proteção do Direito Internacional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Referida afirmação ganha especial força quando considerado um cenário de crescentes desigualdades e

descompassos em relação à proteção dos indivíduos da sociedade como um todo, o que impacta diretamente nas relações interpessoais e familiares ora conquistadas.

Dessa forma, sendo a família a base de toda a sociedade, devem se sobressair as palavras de Eleanor Roosevelt, que desde os primórdios da DUDH compreendeu que os direitos humanos jamais prevalecerão se não estiverem presentes nos locais mais elementares – e, atualmente, em todas as suas formas.

Referências

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. PERRONE-MOISÉS, Cláudia (org.). **O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Reflexiones sobre las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948 con Ocasión de su Cuadragésimo Aniversario. **Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos**. N. especial, p. 121-129, 1989. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06857-6.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

_____. **International law for humankind: towards a new jus gentium**. The Hague Academy of International Law. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

CARDIA, Ana Cláudia Ruy. Fertilização *in vitro*: uma análise do procedimento à luz da jurisprudência das Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos. In: PEREIRA, Ana Cristina Paulo. MENEZES, Wagner (org.). **Direito e Relações Internacionais na América Latina**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 8-21.

_____. A violência contra a mulher e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: avanço na jurisprudência Interamericana após 21 anos da Convenção de Belém do Pará. In: OLIVEIRA, Ana Carla Vastag Ribeiro de. IWANCOW, Carolina. ALARCON, Rosana Bastos (org.). **Atualidades do Direito Internacional: estudos em homenagem ao Professor Doutor Antônio Márcio da Cunha Guimarães**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 29-40.

CARVALHO RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2016.

_____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO RAMOS, André de. ARAUJO, Nadia de (org.). **A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e seus impactos na sociedade: 125 anos (1893-2018)**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

CASSIN, René. **L'homme sujet de droit international et la protection universelle de l'homme**. La technique et les principes du droit public: Études en l'honneur de Georges Scelle. Paris: LGDJ, 1950, p. 67-91. Disponível em: <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/03/Cassin-Mel-Scelle.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COUNCIL OF EUROPE. **Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence**. Disponível em: <https://rm.coe.int/168046031c>. Acesso em: 12 fev. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **X. v. Austria**. Application n. 8003/77. Sentença de 3 de outubro de 1979.

_____. **Bevacqua and S. v. Bulgaria**. Application n. 71127/01. Sentença de 12 de setembro de 2008.

_____. **Opuz v. Turkey**. Application n. 33401/02. Sentença de 9 de setembro de 2009.

_____. **Schalk ad Kopf v. Austria**. Application n. 30141/04. Sentença de 22 de novembro de 2010.

_____. **S.H. and Others v. Austria**. Application n. 57813/00 Sentença de 3 de novembro de 2011.

_____. **A v. Croatia**. Application n. 55164/08. Sentença de 14 de janeiro de 2011.

_____. **Hajduová v. Slovakia**. Application n. 2660/03. Sentença de 28 de fevereiro de 2011.

_____. **Vallianatos and Others v. Greece**. Applications n. 29381/09 e n. 32684/09. Sentença de 7 de novembro de 2013.

_____. **Oliari and Others v. Italy**. Applications. n. 18766/11 and n. 36030/11. Sentença de 21 de outubro de 2015.

_____. **Orlandi and Others v. Italy**. Applications n. 26431/12, n. 26742/12, n. 44057/12 e n. 60088/12. Sentença de 14 de dezembro de 2017.

_____. **Paradiso and Campanelli v. Italy**. Application n. 25358/12. Sentença de 24 de janeiro de 2017.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Maria da Penha Fernandes v. Brasil Case**. Report n. 54/01, Case 12.051. Decisão de 16 de abril de 2001.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Gonzales y Otras v. Mexico**. Série C, n. 205. Sentença de 16 de novembro de 2009.

_____. **Artavia Murillo y Otros v. Costa Rica**. Série C, n. 257. Sentença de 28 de novembro de 2012.

_____. **Atala Riffo y niñas v. Chile**. Série C, n. 239. Sentença de 24 de fevereiro de 2012.

_____. **Duque Vs. Colombia**. Série C, n. 210. Sentença de 26 de fevereiro de 2016.

_____. **Opinión Consultiva OC-24/17**. Proferida em 9 de janeiro de 2018.

OC MRIA, William A. Schabas. **The Universal Declaration of Human Rights**: The Travaux Préparatoires. October 1946 to November 1947. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

OLIVEIRA, Ana Carla Vastag Ribeiro de; IWANCOW, Carolina; ALARCON, Rosana Bastos (org.). **Atualidades do Direito Internacional**: estudos em homenagem ao Professor Doutor Antônio Márcio da Cunha Guimarães. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women “Convention of Belém do Pará”**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-61.html>. Acesso em: 16 fev. 2018.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo. MENEZES, Wagner (org.). **Direito e Relações Internacionais na América Latina**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

PIMENTEL, Sílvia. **Experiências e desafios**: Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW/ONU) – Relatório bienal de minha participação. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008.

PIOVESAN, Flávia (org.). **Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado**. São Paulo: DPJ, 2008.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROOSEVELT, Eleanor. **What ten million women want**. The Eleanor Roosevelt Papers Project. Disponível em: <https://www2.gwu.edu/~erpapers/documents/articles/whattentmillionwomenwant.cfm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

SEN, Amartya Kumar. **Development as Freedom**. Nova Iorque: First Anchor Books Edition, 2000.

THE YOGYAKARTA PRINCIPLES. **The Yogyakarta Principles**. Disponível em: <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/>. Acesso em: 22 fev. 2018.

THOUGHT CO. **Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights**. Disponível em: <https://www.thoughtco.com/eleanor-roosevelt-universal-declaration-of-human-rights-3528095>. Acesso em: 12 fev. 2018.

UNITED NATIONS. **General Assembly Resolution 1040 (XI)**. 1957. Disponível em: <https://documentsdds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/340/44/IMG/NR034044.pdf?OpenElement>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. **General Assembly Resolution 1763 A (XVII)**. 1962. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/192/71/PDF/NR019271.pdf?OpenElement>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. **CEDAW/C/49/D/17/2008**. 2011. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2FC%2F49%2FD%2F17%2F2008&Lang=en. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. **CEDAW/C/GC/29**. 2013. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/29&Lang=en. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. **General Assembly Resolution 2018 (XX)**. 1965. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/217/81/IMG/NR021781.pdf?OpenElement>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. **General Assembly Resolution 2263 (XXII)**. 1967. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a22r2263.htm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. **General Assembly Resolution 34/180**. 1979. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a34r180.htm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. **A/RES/44/82**. 1989. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/44/a44r082.htm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. **A/54/L4**. 1999. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a54r4.htm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. **A/HRC/RES/32/2**. 2016. Disponível em: <https://daccess-ods.un.org/TMP/2437282.3536396.html>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. **CCPR/C/117/D2378/2014**. 2017.

_____. **Millennium Development Goals**. Disponível em: <http://www.un.org/millenniumgoals/bkgd.shtml>. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. **Reservations to CEDAW**. Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations-country.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. **Sustainable Development Knowledge Platform**. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/sdgs>. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. **Sustainable Development Knowledge Platform: Sustainable Development Goal 05**. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/sdg5>. Acesso em: 20 fev. 2018.

UNITED NATIONS ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. **E/CN.4/AC.1/3**. 1947. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/AC.1/3. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. **E/CN.4/81**. 1948. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/81. Acesso em: 14 nov. 2018.

YASUAKI, Onuma. **Direito Internacional em perspectiva transcivilizacional**: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI. Tradução de: Jardel Gonçalves Anjos Ferreira et al. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

9 OS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS SOB UM OLHAR COMPARATIVO ENTRE A PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS¹

1 Uma versão preliminar do presente trabalho foi publicada em: PEGORARI, Bruno. A tese do “marco temporal da ocupação” como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Aracê**, v. 4, n. 5, 2017. p. 242-262.

Bruno Pegorari²

Resumo: O artigo visa analisar a tese do marco temporal da ocupação como uma forma de parâmetro interpretativo restritivo ao direito à terra dos povos indígenas no Brasil apoiado em uma visão comparada entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para isso, pretende-se analisar a jurisprudência de ambos os tribunais. Após esse estudo de casos, propor-se-á uma solução a partir de uma dupla e subsidiária metodologia: (I) o diálogo jurisdicional efetivo entre as cortes; ou (II) a responsabilização internacional direta do Estado brasileiro (controle de convencionalidade).

Palavras-chave: Diálogo entre Cortes. Direito dos povos indígenas à terra. Supremo Tribunal Federal. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract: *This article aims to analyze the 'time milestone theses' as a restrictive interpretative standard to the right to land of the indigenous peoples in Brazil from a comparative view between the Brazilian Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights. In this regard, it seeks to examine the case law of both Courts. Following this case study, it will be suggested an adequate legal solution in the light of two subsidiary methodologies: (I) the effective Cross-Fertilization among courts; or (II) the direct responsibility of the Brazilian state (conventionality control).*

Keywords: *Judicial dialogue. The right to land of the indigenous people. Brazilian Supreme Court. Inter American Court of Human Rights.*

Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, 'dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam'. *Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988.* Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma *pá de cal* nas intermináveis discussões sobre qualquer outra refe-

² Bruno Pegorari é mestre em Direito Internacional e Comparado pela Universidade de São Paulo (Largo de São Francisco); pesquisador associado ao Núcleo de Direito Global da Escola de Direito da FGV-SP. Contato: bpegorari@gmail.com.

rência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro. (Trecho do voto do relator Min. Carlos Ayres Britto no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, em 19-3-2009, grifo nosso). No caso de Mato Grosso do Sul é exatamente essa conflagração que existe, em função de se estar fazendo demarcação de *áreas altamente produtivas*. Então, por isso que a questão se coloca. (Trecho da fala do Min. Gilmar Mendes registrada no acórdão do Caso Guyrároka RMS 29.087, em 16-09-2014, grifo nosso).

Nós sabemos que *o que está havendo, hoje, em todo o Brasil, lamentavelmente, é um novo genocídio de indígenas em várias partes do país*, em que os fazendeiros, criminosamente, ocupam terras que eram dos índios, e posse dos índios, os expulsam manu militari, e depois e depois os expedientes jurídicos, os mais diversos – depois de esgotados os expedientes, evidentemente, ilegais e até criminosos- acabam postergando o cumprimento desse importante dispositivo constitucional. (Trecho da fala do Min. Lewandowski registrada no acórdão do Caso Guyrároka RMS 29.087, em 16-09-2014, grifo nosso).

Isso aqui é minha vida, minha alma. Se você me levar para longe dessa terra, você leva a minha vida. (Marcos Veron, liderança Guarani-Kaiowá morta em 2003, aos 70 anos).

I Introdução

Em outubro de 2016, a Relatora Especial das Nações Unidas (ONU) para os Direitos dos Povos Indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, reportando-se à Assembleia Geral da Organização, expôs a atual situação de observância ou violação dos direitos de povos originários em diversos Estados do globo. Na ocasião, a relatora filipina deu destaque para a situação brasileira. Ela esteve no Brasil em março do mesmo ano e emitiu um relatório

com recomendações.³ No documento, Tauli-Corpuz demonstrou preocupação ao constatar que, desde sua última visita ao Brasil, as mortes e os despejos violentos contra os Guarani- Kaiowá no Mato Grosso do Sul – estado onde realizou visitas *in loco* a algumas comunidades – continuavam acontecendo. Em meio a suas observações, destacou a inobservância, principalmente por entraves do Poder Judiciário brasileiro, do dever constitucional de demarcar terras indígenas. Para ela, as mudanças na recente conjuntura política do país “consolidaram ainda mais os interesses e o poder da elite econômica e política, em detrimento dos direitos dos povos indígenas”.⁴ Ainda que a deterioração dos direitos dos povos indígenas pelo Estado brasileiro culmine hoje no momento jurídico de maior fragilidade desde a promulgação da Constituição de 1988, inclusive pelo desmonte orçamentário da Funai,⁵ no seu aspecto jurídico, essa crise tem início com o surgimento da chamada tese do marco temporal da ocupação, aplicada pela primeira vez pelo Supremo Tribunal Federal no Caso Raposa Serra do Sol, em 2009.

O presente capítulo busca justamente remontar o percurso a partir do qual se instalou esse ambiente jurídico de relativização do direito à terra indígena, destacando suas implicações para o Estado brasileiro frente ao direito internacional dos direitos humanos. Essas implicações se iniciam pelo conflito entre a interpretação dada ao art. 231 da Constituição Federal⁶ acerca dos direitos dos povos indígenas sobre suas terras tradicionais, pelo Supremo Tribunal Federal, a partir das restrições trazidas pelo “marco temporal da ocupação”, e a interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos,⁷ que estabelece o direito à propriedade comunal, interpretado de forma coletiva de acordo com as peculiaridades de seus titulares.⁸

3 TAULI-CORPUZ, **Victoria**. **Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas**. Genebra: Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, 8 ago. 2016. Disponível em: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/es/documentos/country-reports/154-report-brazil-2016>. Acesso em: 15 nov. 2016.

4 TAULI-CORPUZ, **Victoria**. **Statement of Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples to the UN General Assembly**. Nova Iorque: AGNU, 17 out. 2016. Disponível em: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/en/statements/164-statement-unga-2016>. Acesso em: 15 nov. 2016.

5 Ver: VALENTE, Rubens. Em situação ‘crítica’, Funai ameaça fechar metade das unidades. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 26 out. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/10/1826382-com-reducao-de-recursos-diretoria-da-funai-afirma-estar-em-situacao-critica.shtml>. Acesso em: 15 nov. 2016; e LIBÓRIO, Bárbara. Com orçamento em queda, Funai gasta apenas R\$ 12 por índio em 2017. **The Intercept Brasil**, Rio de Janeiro, 30 out. 2017. Disponível em: <https://theintercept.com/2017/10/30/com-orcamento-em-queda-funai-gasta-apenas-r-12-por-indio-em-2017/>. Acesso em: 4 nov. 2018.

6 Artigo 231: “São reconhecidos aos índios [...] os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.”.

7 Artigo 21: § 1º: Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. § 2º: Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.

8 No Sistema interamericano usa-se os termos propriedade coletiva, comunal ou ancestral.

Para tanto, realizaremos um estudo dos casos: Raposa Serra do Sol (Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.388/RO, 2009) e Guyrároka, do povo Guarani-Kaiowá (Supremo Tribunal Federal – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087/DF, 2014), destacando o processo de consolidação do critério do marco temporal da ocupação a partir desses julgados. Em seguida, abordaremos, de forma sucinta, os parâmetros para aferição do direito à propriedade coletiva pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por fim, buscaremos explorar uma possível solução para o conflito interpretativo entre os tribunais. Para tanto, adotaremos uma dupla metodologia: (I) o diálogo efetivo entre as Cortes; ou (II) a responsabilização internacional do Estado brasileiro a partir de seus compromissos internacionais. O segundo método é subsidiário ao primeiro, pois, quando da efetiva aplicação desse, o conflito se esgota, sendo, portanto, preferível.

2 O Direito à Terra Indígena no Brasil

A Constituição de 1934 foi a primeira a dar tratamento constitucional ao direito dos povos indígenas à terra (nomeados, à época, silvícolas), adotando, expressamente a teoria do indigenato.⁹ Se por um lado seu texto determinou que as terras seriam propriedade da União, de outro, conforme ressalta José Afonso da Silva, a Constituição conferiu-lhe, adequadamente, natureza jurídica de direito natural por ser esse direito preexistente ao próprio reconhecimento constitucional, reforçando suas características comunitária e anterior (originária).¹⁰ Dentro de sua estrutura, o texto constitucional de 1937 alocou o direito à terra na categoria de direitos fundamentais. As constituições subsequentes não apresentaram mudanças significativas, repetindo a regra da Constituição de 1934.¹¹

Com promulgação em 1988, a Constituição da nova República reafirmou com maior expressividade jurídica os valores da Constituição de 1934, apresentando-os de forma mais ampla e sofisticada, especificamente por meio de seu art. 231. No que toca à terra, esse artigo dispõe que são direitos originários aqueles exercidos pelos indígenas sobre “as terras que *tradicionalmente ocupam*, competindo à União *demarcá-las*, proteger e

⁹ Estes direitos já haviam sido tratados por outras normas anteriormente, mas, só em 1934, compuseram o rol de direitos fundamentais de uma Constituição brasileira. *In verbis*: “Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre a situação do direito indígena à terra**. Disponível em: https://mobilizaconacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_.pdf. Acesso em: 15 nov. 2016.

¹¹ Vale frisar que, neste ínterim, foi criada, em 1967, a Fundação Nacional do Índio (Funai) a quem cabia garantir aos indígenas o direito à posse permanente das terras por eles habitadas, além do direito de usufruto exclusivo dos recursos nela existentes. Em 1973, foi promulgado o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973), legislação que trouxe uma visão integracionista do índio à “comunidade nacional”. Ver mais em: CARVALHO RAMOS, André. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 660.

fazer respeitar os seus bens” (grifos nossos).¹² Determina ainda o dispositivo que essas terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. Dessa maneira, as terras indígenas foram mantidas como bens da União,¹³ devendo os índios e não índios respeitarem as limitações previstas no texto constitucional,¹⁴ ainda que aos indígenas sejam garantidos os direitos de posse e usufruto exclusivo das terras que tradicionalmente ocupam.

O texto constitucional é bastante claro ao definir que são terras indígenas aquelas que os indígenas ocupam de forma tradicional. Além disso, é taxativo ao afirmar que sobre elas os indígenas detêm direitos originários, ou seja, anteriores à própria Constituição. Por isso o texto constitucional atribui à União, por meio de seu braço executivo, a competência de delimitar essas terras, seguido de um longo processo administrativo demarcatório pelo qual cabe dizer se a terra é, ou não, terra indígena.

Ocorre que os processos demarcatórios encontram grandes óbices. Em seus atos das disposições constitucionais transitórias, estabeleceu-se no art. 67 que a União concluiria a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição. Esse prazo não só foi ignorado para muitas terras tradicionalmente ocupadas, como também o Supremo Tribunal Federal iniciou uma interpretação restritiva do art. 231 que, desde 2009, passou a ameaçar a proteção jurídica ao direito dos povos indígenas às suas terras.

3 Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Supremo Tribunal Federal. Petição Nº 3.388 RO. 2009)

O Caso Raposa Serra do Sol foi um *leading case* em matéria de demarcação de terras indígenas levado ao Supremo Tribunal Federal. Até então, nenhum caso de tamanha relevância havia chegado à Suprema Corte brasileira. O objeto da demanda consistia na tentativa de impugnação da Portaria nº 534/2005, do ministro da Justiça, homologada

¹² Esta definição abarca, segundo o § 1º do art. 231, aquelas terras por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

¹³ Cf. Art. 20, XI da CF.

¹⁴ Sobre as limitações ao uso e posse, cf.: Art. 231: § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei; § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco; § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

pelo presidente da República, em 15 de abril de 2005, que promoveu a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol no estado de Roraima. O caso se desenvolveu num contexto em que, após 2005, uma enxurrada de ações surgiu visando impugnar o ato demarcatório, proveniente, especialmente, de arroteiros e do governo do estado de Roraima. O caso teve grande repercussão na opinião pública e ascendeu o debate sobre o tema no país.¹⁵

O Supremo Tribunal Federal decidiu, a partir do voto de relatoria do ministro Carlos Ayres Britto, pelo reconhecimento da legalidade do processo administrativo da demarcação. De maior importância, não entendeu o relator por qualquer violação à soberania nacional ou segurança territorial¹⁶ – dado a proximidade das terras de fronteiras políticas ao norte do Estado brasileiro, com Guiana e Venezuela, maior preocupação das Forças Armadas. Tampouco restringiu a demarcação da terra ao método de ilhas, ao contrário, garantiu a contiguidade na demarcação. Também rejeitou qualquer violação ao princípio federativo¹⁷ e ao desenvolvimento nacional, em sentido contrário aos argumentos empregados pelo governo do estado de Roraima e os supostos proprietários particulares que desenvolviam atividades agrícolas na região.

Por outro lado, a decisão estabeleceu o chamado “Conteúdo Positivo do Ato de Demarcação das Terras Indígenas”, pelo qual estabeleceu parâmetros para a demarcação da terra naquele caso concreto.¹⁸ É dizer, o ministro Carlos Britto definiu quatro critérios para o reconhecimento de determinada terra como terra indígena. Daremos destaque para dois deles: (I) o *marco da tradicionalidade da ocupação* e o (II) *marco temporal da ocupação*.¹⁹

De acordo com o primeiro, para que uma terra indígena possa ser considerada tradicional, as comunidades indígenas devem demonstrar o caráter de perdurabilidade de sua relação com a terra, em sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica,

15 Sugiro a leitura do seguinte artigo para um panorama do impacto do julgamento na opinião pública: VILLARES, Luiz Fernando; YAMADA, Erica Magami. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: Todo Dia Era Dia de Índio. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 11, p. 143-159, jan./jun. 2010.

16 Segundo o relator, “nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet. 3.388**. O Ministério Público Federal e a União ingressam nos autos desta ação popular com petições (nºs 33070 e 34231, respectivamente) versantes sobre a execução do que foi decidido por este Supremo Tribunal na sessão plenária de 19/03/2009. [...] Relator Min. Carlos Ayres Britto. **Diário de Justiça**: Brasília, DF, 16 abr. 2009. § 5º.

17 Também segundo o relator, “nenhuma etnia ou comunidade se constitui em unidade federada”. (BRASIL, 2009). Supremo Tribunal Federal. **Pet. 3.388**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. 2009. § 5º.

18 *Idem*. § 78. A decisão também trouxe as chamadas condicionantes para a demarcação de terras indígenas, as quais não devem ser confundidas com o Conteúdo Positivo do Ato de Demarcação das Terras Indígenas. As condicionantes foram muito criticadas por configurarem uma forma de legislação positiva pelo Poder Judiciário sobre a matéria, extravasando suas competências constitucionais. Ver: VILLARES; YAMADA, *op. cit.*, p. 143-159.

19 Outros critérios foram: (III) o *marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional*, que descreve a utilidade prática a que deve servir a terra tradicionalmente ocupada, ressaltando o critério da ancestralidade; (IV) o *marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”*, quer dizer que a aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria indígena, ganha um conteúdo extensivo.

com o uso da terra para o exercício das tradições, costumes e subsistência. O critério do marco tradicional da ocupação estabelece que os indígenas devem preencher, basicamente dois elementos: um *imaterial* (espiritual, ancestral, psicológico) e outro *material* (da relação direta com a terra, e.g. pesca, caça etc.). Esse critério está em plena consonância com a interpretação gramatical do art. 231 da Constituição da República que estabelece em seu § 1º que:

Art. 231 – São reconhecidos aos índios [...] os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, [...]):

§ 1º – São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, *as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições* (grifos nossos).

O segundo critério cria o *marco temporal da ocupação* que estabelece que as terras indígenas serão aquelas nas quais houve efetiva ocupação, pelos povos indígenas, na data da promulgação da Constituição, qual seja: 5 de outubro de 1988.²⁰ Esse parâmetro chama a atenção, em primeiro lugar, por restringir o direito à terra para aquém do trazido, gramaticalmente, no próprio texto constitucional. A Constituição diz que são terras indígenas aquelas habitadas pelos índios em caráter permanente, mas não exige que eles a estivessem ocupando, necessariamente, na data da promulgação da Constituição, justamente pelos critérios trazidos pelo marco da tradicionalidade, além da possibilidade do chamado *esbulho renitente*, é dizer: as recorrentes situações em que os indígenas foram expulsos de suas terras pelos não índios, e a elas foram impedidos de regressar, ainda que com a terra guardassem as condições necessárias – materiais e imateriais – para a configuração da ocupação tradicional.

A decisão apresenta um problema grave. Seu erro central foi restringir deliberadamente o direito originário à terra por meio de um marco temporal irrefletido que não guarda qualquer vínculo racional com a situação jurídica analisada, se não um mero simbolismo esvaziado e o discreto alívio de se pôr um ponto final no já tão prolongado debate. A verdade é que o estabelecimento arbitrário da referida data carrega o vício da anti-historicidade, ignorando o passado indigenista brasileiro e o caráter originário de seus direitos, assim como o histórico compartilhado das graves violações dos direitos humanos desses povos por parte de particulares e do próprio Estado. Por fim, a preocu-

²⁰ Note-se que se trata das terras ocupadas naquela data, nas palavras do relator: “não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet. 3.388**. Voto Min. Rel. Carlos Ayres Brito. 2009. § 78.

pação de “jogar uma pá de cal”, nas palavras do próprio ministro relator, para pôr fim às discussões sobre a matéria, pareceu-me mais um anseio em resolver o complexo debate, que, de fato, uma tentativa em dar-lhe uma mais apropriada solução. É verdade que essa decisão produziu efeito restrito às partes processuais daquele caso concreto. Todavia, o próprio STF tem se respaldado no Caso Raposa Serra do Sol e na tese do marco temporal para decidir sobre a matéria. Como veremos no próximo tópico, o Caso Raposa foi apenas um impulso inicial da tese jurídica do marco temporal da ocupação.

4 O Caso Guyrároka (Supremo Tribunal Federal – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087 DF. 2014)

Por volta de cinco anos depois da famosa decisão do Caso Raposa Serra do Sol, foi interposto, no Supremo Tribunal Federal, o Recurso Ordinário 29.087 contra um acórdão do Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem de segurança pretendida por um agricultor de Mato Grosso do Sul, o qual pleiteava a anulação da Portaria nº 3.219, de 2009, emitida pelo ministro da Justiça. A portaria declarava a posse permanente da Terra Indígena Guyrároka aos Guarani-Kaiowá que nela tradicionalmente habitavam, terra essa na qual se situava imóvel rural titularizado pelo recorrente.

Ao recorrer ao STF, o recorrente alegou que a portaria, apontada como ato coator, teria violado seu direito líquido e certo, pois teria declarado como Terra Indígena gleba de sua propriedade e sobre a qual exercia com exclusividade a posse, inexistindo índios no local, ao menos desde o final da década de 1940. O ministro Lewandowski, relator do processo, proferiu um voto cuja solução passava por uma saída processual e afirmou que, para discutir questão de posse de terras submetidas a processo demarcatório, seria necessária dilação probatória, o que impediria a ação de ser decidida em sede de mandado de segurança. Ademais, alegou o relator a inexistência de efeito vinculante *erga omnes* do Caso Raposa Serra do Sol, resultando, portanto, na impossibilidade de extensão dos critérios daquele caso para a presente demanda.²¹

O ministro Gilmar Mendes, após pedido de vista, proferiu um voto divergente.²² Concluiu ele que os documentos (laudo da Funai) seriam suficientes para determinar que a comunidade indígena dos Guarani-Kaiowá não habitava a área declarada há mais de setenta anos (desde o final da década de 1940), assim entendeu necessário conjugar as

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 29.087**. Demarcação de terras indígenas. O marco referencial da ocupação é a promulgação da Constituição Federal de 1988. Necessidade de observância das salvaguardas institucionais. Precedentes. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF: Superior Tribunal Federal, [2014]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>.

²² Por razões desconhecidas, o Min. Gilmar Mendes tornou-se o novo relator do caso após seu pedido de vistas.

referidas ressalvas institucionais do emblemático Caso Raposa Serra do Sol, especialmente as pertinentes à averiguação da posse tradicional indígena na região, sugerindo, assim, que o preestabelecido marco temporal para configurar a posse, qual seja, a data da promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988), seria suficiente ao reconhecimento dos direitos às terras reivindicadas e não havia sido observado. Destacou que o título de propriedade com mais de 25 anos provava cabalmente que o recorrente era legítimo proprietário da terra. Por fim, destacou que o entendimento da Corte no Caso Raposa Serra do Sol deve servir de “apoio moral e persuasivo” a todos os casos de demarcação de terras indígenas, a despeito de sua produção de efeitos *inter partes*. Seu voto foi acompanhado pelos ministros Celso de Mello e Carmem Lucia.²³

Um dos argumentos utilizados por Mendes foi a aplicação da Súmula 650 que trata dos aldeamentos extintos. A súmula prevê que “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamento extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”. Explicou que este é um critério que leva em conta o conceito objetivo de posse, deixando claro que a posse tradicional (agora respeitando o marco temporal de 5 de outubro de 1988) difere de posse imemorial (RE 219.983, julgado em 9/12/1998).²⁴

Interessante analisar o pano de fundo dos debates travados entre os julgadores. Ao final de seu voto, o ministro Ricardo Lewandowski destacou que o § 4º do art. 231²⁵ é um dos dispositivos mais fortes da Constituição Federal e demonstrou os motivos:

Nós sabemos que o que está havendo, hoje, em todo o Brasil, lamentavelmente, é um novo genocídio de indígenas em várias partes do país, em que os fazendeiros, criminosamente, ocupam terras que eram dos índios, e posse dos índios, os expulsam *manu militari*, e depois e depois os expedientes jurídicos, os mais diversos – depois de esgotados os expedientes, evidentemente, ilegais e até criminosos – acabam postergando o cumprimento desse importante dispositivo constitucional²⁶

Diferentemente, o ministro Gilmar Mendes expressou outras preocupações relacionadas ao caso: “No caso de Mato Grosso do Sul é exatamente essa conflagração que

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 29.087**. Voto-Vista Ministro Gilmar Mendes. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 16.9.2014.

²⁴ *Idem*.

²⁵ § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 29.087**. Relatório do Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 16.9.2014. p. 30.

existe, em função de se estar fazendo demarcação de áreas altamente produtivas. Então, por isso que a questão se coloca.²⁷

Nesse debate registrado no Acórdão, os ministros trouxeram elementos consequenciais diferentes para a apreciação do caso. De um lado, o ministro Lewandowski, mais preocupado com a violência decorrente da questão fundiária no Centro-Oeste, do outro, o ministro Gilmar, preocupado com a produtividade agrícola na região. Nota-se que, o debate travado vai além do mero confronto de entendimentos jurídicos entre os ministros. A discussão representa o cerne da tensão histórica entre os povos indígenas e aqueles não indígenas que vieram a ocupar seus territórios na “colonização” do Centro-Oeste desde o começo do século XX. Essa ocupação constituiu um grande obstáculo à permanência desses povos em suas terras ancestrais, além de um fator corrosivo às suas práticas culturais e seus modos de vida, cujos efeitos se estendem aos dias de hoje. Não por outro motivo, quase 50% dos assassinatos de indígenas no Brasil, em 2015, ocorreram no Mato Grosso do Sul, estado onde se localiza a terra do Caso Guyraroká.²⁸ Além disso, entre os anos de 2000 e 2015, 752 ocorrências de suicídio de indígenas afetados por conflitos agrários foram registradas só nessa unidade da Federação.

O ponto fulcral desse debate reside na determinação do conceito de “terra que tradicionalmente ocupam” presente no art. 231 da Constituição. Para tanto, deve-se dar especial atenção ao laudo antropológico elaborado pela equipe técnica da Funai, dado que à União cabe demarcar as terras tradicionais, e, por conseguinte, dizer o que é e o que não é Terra Indígena. Nesse documento, alguns dados fáticos em relação à Guyraroká podem ser encontrados: (I) a terra se encontra em área ocupada pelos ancestrais dos Guarani-Kaiowá antes do período colonial; (II) os índios demonstram vontade de retornar e demonstram haver um vínculo especial com a terra; (III) a ocupação de caráter permanente da terra deixou de existir a partir da década de 1940; (IV) os motivos pelos quais a ocupação permanente desapareceu na década de 1940 foram que: a) as terras voltaram ao domínio da União; b) as terras foram tituladas; e, posteriormente c) as terras foram vendidas ou distribuídas pelo estado de Mato Grosso do Sul aos colonos; d) os índios foram paulatinamente expulsos pelos fazendeiros; e) muitos índios tornaram-se peões e, portanto permaneceram na terra onde sempre viveram sob essa nova condição de mão de obra barata.²⁹ O laudo também concluiu que (I) os Kaiowá deixaram a terra devido às pressões que receberam dos colonizadores que conseguiram os primeiros

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 29.087**. Trecho da fala do Min. Gilmar Mendes registrada em Acórdão. Julgado em 16.9.2014.

²⁸ CIMI. **Violência contra os Povos Indígenas no Brasil** – Dados de 2015. Relatório. 2016. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/pub/relatorio2015/relatoriodados2015.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

²⁹ PEREIRA, Levi Marques. **Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Guarani-Kaiowá Guyraroká**. Três Lagoas: Funai, 2002.

títulos na região; (II) a ocupação da terra pelas fazendas desarticulou a vida comunitária dos Kaiowá, ainda que muitos tenham permanecido e trabalhado como peões; (III) na década de 1980, as últimas famílias deixaram o local; (IV) no início dos anos 2000, os Kaiowá retomaram parcela da terra tradicional.³⁰

Como resultado, o Relatório Circunstanciado da Funai – que fora posteriormente, utilizado como base da portaria declaratória do ministro da Justiça – reconheceu os direitos de posse e de usufruto exclusivo dos Kaiowá à Terra Indígena de Guyraroká, a partir da conclusão de que a terra em questão é terra de ocupação tradicional, mesmo com o afastamento dos Kaiowá, por motivos alheios a sua vontade. Esse mesmo relatório não foi sequer analisado pela 2ª Turma do STF dada a aplicação da tese do marco temporal.

Desde a decisão do Caso Guyraroká, outras sentenças já foram emitidas em prejuízo dos povos originários, derrubando processos e atos demarcatórios em curso ou finalizados Brasil afora. Para mencionar alguns, o povo Terena teve seu direito à terra negado pela decisão no Caso Limão Verde, também no final de 2014.³¹ O mesmo ocorreu com os Canela Apãjekra, no Caso da Terra Indígena Porquinhos,³² todos julgados pelo STF. No começo outubro de 2016, a tese do marco temporal atingiu novamente os Guarani-Kaiowá que vivem na Terra Indígena Panambi-Lagoa Rica, MS.³³ O mesmo aconteceu com os Gamela por conta de uma decisão da Comarca Estadual de Matinha (MA).³⁴

Os casos trazidos representam uma crise profunda, e sob efeito dominó, da proteção jurídica das terras indígenas no Brasil. Até o presente momento, a guarida desse direito na Constituição e em seu máximo guardião, o Supremo Tribunal Federal, perdeu-se. A Corte falhou em garantir o direito dessa minoria em situação de extrema vulnerabilidade ao deixar de exercer seu poder contramajoritário em face dos outros poderes do Estado

³⁰ *Ibid.*

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 29.542 Distrito Federal**. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Terra indígena demarcada na década de 1970. Homologação por decreto presidencial de 1983: revisão e ampliação. Portaria n. 3.588/2009 do ministro de Estado da Justiça. Alegados vícios e irregularidades no processo demarcatório precedente. delimitação de área inferior à reivindicada. Adequação aos parâmetros de posse tradicional indígena (art. 231 da Constituição da República): impossibilidade. Caso Raposa Serra do Sol (Petição n. 3.388/RR). Fixação de Regime Jurídico Constitucional de Demarcação de Terras Indígenas no Brasil. Desatendimento da salvaguarda institucional proibitiva de ampliação de terra indígena demarcada antes ou depois da promulgação de 1988. Recurso Ordinário Provido. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF: Superior Tribunal Federal, [2014]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218303>.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no RExt com Agr. 803.462/Mato Grosso do Sul**. Constitucional e administrativo. Terra Indígena “Limão Verde”. Área tradicionalmente ocupada pelos índios (art. 231, § 1º, da Constituição Federal). Marco Temporal. Promulgação da Constituição Federal. Não cumprimento. Renitente esbulho perpetrado por não índios: não configuração. [...] Relator: Min. Teori Zavaski. Brasília, DF: Superior Tribunal Federal, [2014]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>.

³³ O juiz federal Moisés Anderson Costa Rodrigues da Silva, da 1ª Vara Federal de Dourados, declarou a nulidade do processo administrativo nº 08620.026980/11, que demarcou a chamada Terra Indígena Lagoa Rica, no município de Douradina, e condenou a Fundação Nacional do Índio (Funai) ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios dos autos 0001.665-48.2012.403.6002. Disponível em: <http://www.progresso.com.br/dia-a-dia/juiz-federal-anula-a-demarcacao-de-area-em-douradina>.

³⁴ Mais informações disponíveis em: <http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&action=read&id=8915>.

e aos particulares detentores do poder econômico. Assim, resta a pergunta: o que fazer quando o último mecanismo de proteção a direitos fundamentais do Estado sucumbe?

5 A interpretação em Matéria de Direito à Propriedade Coletiva dos Povos Indígenas no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Em 1969, foi assinada em San José (Costa Rica), no âmbito da Conferência Especializada de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção entrou em vigor no ano de 1978, após sua 11ª ratificação. Esse documento é hoje o mais relevante e efetivo instrumento internacional de proteção aos direitos humanos no continente americano. Sua amplitude geográfica abrange significativa parte do continente, enquanto seu catálogo de direitos conforma uma variada e importante gama de direitos civis e políticos (arts. 3º ao 25 da CADH).³⁵

Além disso, a CADH estabeleceu um sistema de supervisão e tutela jurisdicional das obrigações internacionais assumidas pelos Estados Partes por intermédio de um verdadeiro Processo Internacional dos Direitos Humanos.³⁶ Esse sistema funciona segundo um mecanismo bifásico, inspirado historicamente na Convenção Europeia de Direitos Humanos quando de sua criação. Após a passagem pela Comissão Interamericana, respectivamente pela admissibilidade (art. 46); pela tentativa de solução amistosa (art. 48); e pelo “primeiro informe” (art. 50), o caso, se não resolvido, é encaminhado ao órgão jurisdicional competente e intérprete último da Convenção: A Corte Interamericana de Direitos Humanos.³⁷

O Estado brasileiro se vinculou às obrigações previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos quando de sua ratificação, realizada tardiamente no ano de 1992. Importante lembrar que o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte IDH não é automático, logo, cada Estado deve espontaneamente declarar o reconheci-

³⁵ Os direitos econômicos, sociais e culturais são mencionados concisamente no artigo 26 da Convenção Americana. Por essa razão, elaborou-se em 1988 o Protocolo de San Salvador sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em vigor desde 1999.

³⁶ Para maiores detalhes dos procedimentos apresentados no Sistema Interamericano, ver CARVALHO RAMOS, André. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁷ Importante lembrar que dos 35 Estados que conformam a OEA, vinte reconheceram essa competência contenciosa da Corte. Esses Estados são: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai. CIDH. **Relatório Anual 2014**. 2015. Disponível em: www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2014.pdf. Acesso em: 10 abr. 2015.

to da jurisdição dessa Corte no momento de ratificação da Convenção ou em qualquer outro momento.³⁸

O Brasil passou por um período contraditório de 6 anos no qual o Estado havia se comprometido com as obrigações internacionais previstas na CADH e, ao mesmo tempo, não havia se manifestado sobre a aceitação de sua devida supervisão judicial.³⁹ Foi só no ano de 1998 que o Brasil reconheceu, de pleno direito e sem convenção especial, a competência contenciosa obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos para todos os casos relativos à interpretação e aplicação da Convenção, em conformidade ao art. 62 desta.⁴⁰ É dizer, a partir de 1998 o Brasil comprometeu-se internacionalmente a respeitar e cumprir as decisões oriundas da atividade jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Dessarte, pode-se mencionar duas consequências principais da declaração de reconhecimento dessa jurisdição contenciosa obrigatória: (I) que suas decisões serão sempre aptas a vincular e responsabilizar o Estado brasileiro por eventual violação de Direitos Humanos prevista na CADH e decorrentes da própria conduta do Estado, omissiva ou comissiva;⁴¹ (II) que o Brasil deverá passar a observar espontaneamente e seguir, em âmbito interno, os direitos humanos previstos na CADH tais como interpretados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou seja, deverá tomar por parâmetro interpretativo a ótica internacional estabelecida por esta Corte quando interpretar matérias de direitos fundamentais e direitos humanos em âmbito interno; caso contrário, correrá o risco de ser responsabilizado internacionalmente.

No limiar do século XXI, a Corte Interamericana de Direitos Humanos passou a aperfeiçoar sua jurisprudência na matéria de direitos dos povos indígenas e contribuiu enormemente com a proposição de novos parâmetros interpretativos para a proteção desses povos na região. Buscarei abordar os parâmetros interpretativos sobre o direito à propriedade coletiva, comunal ou ancestral dos povos indígenas.⁴² Para isso, analisaremos de forma cirúrgica a jurisprudência da Corte e seu impacto para o Brasil.

³⁸ Artigo 62.1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

³⁹ Cf. RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 203-204.

⁴⁰ Ainda que o próprio Estado tenha reconhecido internacionalmente a jurisdição obrigatória já em 1998, tomou tempo considerável para a edição de decreto no âmbito interno. Foi só com a edição do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002, que o Brasil promulgou o reconhecimento da Corte IDH em território nacional. Reforça-se que para o Direito Internacional é irrelevante a existência ou não desse decreto, pois considera-se que a obrigação no âmbito regional já havia sido formalmente assumida.

⁴¹ Nesse sentido os artigos 67 e 68.1 vão dizer que "a sentença da Corte é definitiva e inapelável" e que os Estados Partes "comprometem-se a cumprir [suas decisões] em todo caso em que forem partes".

⁴² Nossa abordagem tomou em conta os casos que tratam diretamente do tema, como: Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai (2010); Povo Saramaka vs. Suriname (2007); Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai (2006); Comunidade Moiwana vs. Suriname (2005); Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai (2005); Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua (2001).

A Convenção Americana de Direitos Humanos não dispõe, textualmente, de um direito à propriedade coletiva. Esse direito, portanto, é uma decorrência interpretativa do Direito à propriedade privada, previsto no art. 21 da Convenção.⁴³ Por essa razão, faz-se tão importante o estudo da jurisprudência da Corte. O primeiro caso trazido à sua jurisdição sobre a temática foi o Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua (2001) no qual a Nicarágua foi condenada pela não demarcação das terras comunais pertencentes à Comunidade Awas Tingni. A partir desse julgado, a Corte entendeu que o art. 21 da Convenção Americana protege o direito à propriedade em um sentido que compreende, também, os direitos dos membros das comunidades indígenas à propriedade comunal (§ 148)⁴⁴. A Corte buscou destacar a tradição existente entre os povos indígenas no que toca à forma comunitária da propriedade coletiva, no sentido de que esta não pertence a um indivíduo exclusivamente, mas a toda comunidade⁴⁵. A estreita relação que estabelecem com a terra, como base de sua cultura, sua vida espiritual, sua integridade e sobrevivência deve ser reconhecida e compreendida. Assim, a relação com a terra para os povos indígenas, no olhar da Corte, não é meramente uma questão de posse, mas uma conjunção dos elementos material e espiritual do qual devem gozar plenamente inclusive para que seu legado cultural seja transmitido a gerações futuras (§ 149). A Corte ainda estabeleceu que o direito costumeiro destes povos deve ser considerado especialmente no que toca à desnecessidade de um título para que sua propriedade seja reconhecida (§ 151).

No Caso Sawhoyamaya vs. Paraguai (2006), a violação do direito à propriedade coletiva se deu pela inefetividade do processo de solicitação do território, que não gerou resultado satisfatório. Além da impossibilidade de esse povo acessar seu território coletivo, a situação ocasionou um estado de alta vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária que colocaram em risco sua vida e integridade.

Em que pese a semelhança com o Caso Yakye Axa – no qual o Paraguai foi condenado por prática ilícita semelhante – nesse caso a Corte procedeu com análise diferente.

⁴³ Artigo 21. Direito à propriedade privada: 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social; 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

⁴⁴ Assim, forma-se um conceito de propriedade destoante da propriedade privada clássica, baseada na divisibilidade da terra, alienabilidade e produtividade. SCHETTINI, Andrea. Por um Novo Paradigma de Proteção dos Direitos dos Povos Indígenas: Uma Análise Crítica dos Parâmetros Estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **SUR – Rede Universitária de Direitos Humanos**, v. 9, n. 17, p. 63-86, dez. 2012.

⁴⁵ Aqui cumpre fazer um esclarecimento metodológico. A partir desses princípios, cumpre reforçar a importância da observância dos usos e costumes dos povos tradicionais (cultura ancestral), visto que, para uma adequada compreensão dos seus direitos, os juízes interamericanos precisam apreender os sentidos próprios e inerentes dos conceitos e termos dos instrumentos internacionais quando aplicados a casos concretos envolvendo essas populações. Assim, importa esclarecer que, quando se diz que um direito possui um conteúdo inerente, não se está procedendo em uma interpretação extensiva da convenção, ou seja, não se está criando novas obrigações ao Estado, mas tão somente se limitando a controlar o desenvolvimento lógico de um direito com o fim de assegurar sua efetividade e concretude. SUDRE, Frédéric. A propos du dynamism interprétatif de la Cour Européenne des Droit de l'homme. **28 Semaine Juridique**, I-335, 2001.

O Tribunal buscou identificar se a posse por parte dos indígenas era um requisito para o reconhecimento oficial da propriedade. No caso de não ser um requisito, a Corte buscou analisar se o direito à devolução tem um limite temporal. Por fim, a Corte buscou sugerir as medidas que o Estado deveria adotar para efetivar o direito de propriedade indígena (§ 126).

A Corte entendeu que (I) a posse produz efeitos equivalentes ao título de propriedade outorgado pelo Estado; e (II) dá o direito de exigir-los perante o Estado, como no Caso Mayagna (Sumo). Em terceiro lugar, (III) nos casos em que a posse foi perdida por motivos alheios à vontade dos índios, estes continuam os proprietários de suas terras, salvo as tenham vendido a terceiros de boa-fé (Comunidade Moiwana). Outra situação se daria nos casos em que (IV) os membros tenham perdido a posse involuntariamente e estas tenham sido vendidas a terceiros inocentes. Nesse caso, os indígenas teriam o direito de recuperá-las ou de obter terras de igual extensão e qualidade (Yakye Axa). O presente caso, entendeu a Corte, enquadrou-se no último modelo. Conseqüentemente, a posse não é pré-requisito que condiciona a existência do direito à recuperação das terras (§ 128).

Sobre a questão temporal, muito importante para a análise dos casos brasileiros, a Corte buscou responder se o direito de recuperação das terras tradicionais permanece indefinido no tempo ou encontra nele um limite. A Corte definiu que, enquanto a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas se mantiver em relação às suas terras tradicionais, o direito a reivindicá-las permanecerá vigente, caso contrário se extinguirá. Nesse ponto, surge um questionamento: como definir essa relação entre os povos e suas terras? A resposta, conforme a Corte Interamericana, dependerá do povo indígena envolvido em cada caso concreto e poderá incluir uma análise do seu uso ou presença tradicional, seja por meio de laços espirituais ou cerimoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos; caça, pesca ou coleta permanente ou nômade; uso dos recursos naturais ligados a seus costumes ou qualquer outro elemento característico de sua cultura (§ 131). Por fim, entendeu a Corte de San José, deve-se levar em consideração se a relação com a terra é faticamente possível, tendo em vista que os índios podem se encontrar impedidos de realizar a retomada do território por causas alheias à sua vontade e que representem um obstáculo real para manter dita relação. Assim, o direito à recuperação da terra persiste até que os impedimentos (violência, ameaça etc.) desapareçam (§ 132). Nesse sentido, a Corte decidiu que o direito da Comunidade Sawhoyamaxa de recuperar suas terras não caducou no caso concreto.

6 Duas soluções subsidiárias: o Diálogo efetivo entre as Cortes ou a Responsabilização internacional do Estado

Ao que se pode perceber, as Cortes nacional (STF) e internacional (Corte IDH) estabeleceram entendimentos destoantes sobre a dimensão, limites e parâmetros para definir e aplicar o direito dos povos indígenas às suas terras. Como solução, sugerimos um diálogo efetivo entre as Cortes para resolver o conflito interpretativo existente. Esse diálogo deve ser realizado, no caso brasileiro, a partir do Supremo Tribunal Federal, já que o respeito ao direito internacional pelos Estados é uma obrigação internacional.

Para tanto, devemos verificar se a jurisdição que realiza o diálogo, no caso, o STF, fez menção à jurisprudência interamericana sobre o objeto da lide.⁴⁶ Essa jurisprudência pertence a um tribunal internacional ao qual o Brasil está voluntariamente vinculado, como explicado anteriormente, e que está apto a emitir decisões vinculantes contra o Estado brasileiro. Infelizmente, em nenhum de seus julgados o STF buscou referir-se à extensa jurisprudência da Corte IDH.

Nesse sentido, se adotados os parâmetros interpretativos da Corte Interamericana, os acórdãos brasileiros deveriam se reconfigurar em absoluto. A Corte IDH desenvolve com profundidade o conceito de propriedade comunal, sendo aquela que respeita a tradição coletivista da singular cosmovisão indígena em lidar com a terra. A Corte também delimita com mais cautela os elementos ou critérios materiais e imateriais da relação com a terra, tais quais o cultural, espiritual, de sobrevivência, integridade e de relação intertemporal entre passado (gerações ancestrais) e futuro (gerações futuras).

De maior relevância e em claro confronto com a tese do marco temporal da ocupação, a Corte decidiu que a perda involuntária da posse e a conseqüente alienação da terra a terceiros de boa-fé não faz desaparecer o direito à terra ancestral. Nesses casos, a comunidade terá o direito a recuperar suas terras, ou – se impossível sua recuperação – de obter terras iguais em extensão e qualidade. Ainda, se desejarem, pode a comunidade obter, alternativamente, a indenização proporcional em dinheiro. Essa hipótese se aplica perfeitamente ao caso concreto dos Guarani-Kaiowá de Guyraroká. Estes foram expulsos de suas terras que foram ocupadas por fazendeiros. Ainda que, possivelmente, de boa-fé, conforme demonstrou o laudo da Funai, os índios sofreram coerção e violência, e foram, ao final, afastados da terra contrariamente à sua vontade. Logo, segundo os critérios da Corte Interamericana o direito à terra permanece.

Em segundo lugar, a Corte sugere um método destoante do marco temporal para a definição do limite temporal ao direito de recuperação da terra. Para tanto, deve-se, primeiramente, analisar se as bases espirituais e materiais se mantêm em relação à terra.

⁴⁶ CARVALHO RAMOS, André. **Pluralidade das ordens jurídicas**: a relação do direito brasileiro com o direito internacional. Curitiba: Juruá, 2012.

Para aferir esses vínculos, basta verificar os laços de cada povo com a terra em questão, observando se as bases materiais e imateriais são respeitadas no estabelecimento do vínculo. Se, por qualquer motivo, o povo estiver impedido de relacionar-se com a terra, como ocorre no caso da Terra de Guyrároka, o direito de recuperação persiste mesmo com o impedimento. É dizer: exclui-se a ideia de marco temporal, mantendo-se somente o critério da tradicionalidade da ocupação.

Por fim, um último parâmetro interpretativo a ser mencionado é a compreensão, por parte da Corte Interamericana, de que a perda da propriedade pode afetar irremediavelmente a identidade cultural dos povos indígenas.

Com isso, conclui-se que, se estabelecido o diálogo judicial, a tese do marco temporal trazida, primeiramente, pelo ministro Carlos Ayres Brito e revivida pelo ministro Gilmar Mendes seria incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, tal como interpretada pela Corte Interamericana. Mais especificamente, o condicionamento da demarcação de Terras Indígenas pela ocupação física da terra tradicional na data de 5 de outubro de 1988, tal como estabelecida pelo STF, seria tido como inconveniente. Em resumo, segundo os parâmetros jurídicos internacionais, os Guarani-Kaiowá têm direito às suas terras coletivas, além do direito a reivindicá-las.

Na inexistência de um diálogo entre jurisdições, realizado pelo STF por meio de sua interpretação judicial da Constituição Federal de 1988, só caberá ao Brasil ser responsabilizado internacionalmente por meio de uma sentença internacional condenatória da Corte Interamericana.⁴⁷ Assim, os direitos humanos passam por um duplo crivo e gozam de uma dupla garantia: em primeiro lugar o controle de constitucionalidade, pelo STF, em segundo, o controle de convencionalidade pela Corte IDH. Caso o primeiro falhe, como observamos no caso concreto, haverá ainda um segundo controle.⁴⁸

No caso Guyrároka, embora tenha passado pelo controle ou crivo realizado pela instância máxima do Judiciário brasileiro, a violação dos direitos convencionais desse povo ainda deve passar pelo crivo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e, conseqüentemente, ser submetida ao Controle de Convencionalidade, resultando em uma provável condenação do Estado brasileiro pelo estabelecimento do Marco Temporal enquanto critério restritivo ao direito dos povos indígenas às suas terras. O Estado deverá, então, adequar-se aos parâmetros interamericanos, os mesmo que evitou fazer por meio de um diálogo interjurisdicional efetivo com a jurisprudência da Corte Interamericana,

⁴⁷ CARVALHO RAMOS, André. O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliانا Lyra (org.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 805-850. Ver também: CARVALHO RAMOS, André. **Processo Internacional dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 393-396.

⁴⁸ Vale reiterar o ainda não mencionado art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que afirma que o Brasil pugnará pela criação de um Corte Internacional de Direitos Humanos, logo, infere-se, pugnará também por acatar a sua interpretação destes direitos.

o que demonstra que a realização do diálogo é, além de correta jurídica, econômica e processualmente.

7 Conclusão

Ao compararmos o Caso Guyrároka e todos aqueles que passaram a adotar a tese do marco temporal com os casos sobre propriedade coletiva julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, fica evidente que as decisões adotadas por tribunais brasileiros destoaram dos parâmetros interpretativos estabelecidos pela Corte Interamericana na interpretação do artigo 21 da Convenção Americana. Em outras palavras, ficou claro que a jurisdição internacional não permite que se limite o direito originário à terra tradicionalmente ocupada por um marco temporal irrefletido, que não guarda qualquer vínculo racional com a ideia de tradicionalidade. Por isso, concluímos que a decisão do Supremo Tribunal vai em patente desconformidade à Convenção Americana, tal como entendida por seu intérprete legítimo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Os povos originários constituem um dos grupos sociais mais vulneráveis em nosso continente. É um grupo sub-representado politicamente e inexpressivo economicamente e seus direitos, em que pese estabelecidos constitucionalmente, são de baixíssima efetividade, especialmente quando a mais alta das instituições judiciais do Estado brasileiro se põe a interpretá-los em desconformidade com o direito internacional, falhando no exercício de sua função contramajoritária de proteção às minorias. Daí a importância de um órgão jurisdicional internacional poder exercer um controle judicial verdadeiramente contramajoritário, ou seja, de forma a poder efetivamente agir na falha do Estado quando seus próprios órgãos falham na proteção dos direitos fundamentais.

Jurisprudência

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **A Última Tentação de Cristo vs. Chile**. Sentença de 5 de fevereiro de 2001.

_____. **Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua**. Sentença de 31 de agosto de 2001.

_____. **Comunidade Moiwana vs. Suriname**. Sentença de 15 de junho de 2005.

_____. **Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai**. Sentença de 17 de junho de 2005.

_____. **Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai**. Sentença de 29 de março de 2006.

_____. **Povo Saramaka vs. Suriname**. Sentença de 28 de novembro de 2007.

_____. **Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai**. Sentença de 24 de agosto de 2010.

_____. **Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador**. Sentença de 27 de junho de 2012.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Advisory Opinion OC-14/94**. Dec. 09, 1994. (Series A n. 14, p. 13).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 650**. Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. Diário de Justiça: Brasília, DF, p. 3, 9 out. 2003.

_____. Petição 3.388. O Ministério Público Federal e a União ingressam nos autos desta ação popular com petições (nºs 33070 e 34231, respectivamente) versantes sobre a execução do que foi decidido por este Supremo Tribunal na sessão plenária de 19/03/2009. [...] Relator: Min. Carlos Ayres Brito. **Diário de Justiça**: Brasília, DF, 16 abr. 2009.

_____. **Ag. Reg. no RExt com Agr. 803.462 Mato Grosso do Sul**. Constitucional e administrativo. Terra Indígena "Limão Verde". Área tradicionalmente ocupada pelos índios (art. 231, § 1º, da Constituição Federal). Marco Temporal. Promulgação da Constituição Federal. Não cumprimento. Renitente esbulho perpetrado por não índios: não configuração. [...] Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF: Superior Tribunal Federal, [2014]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>

_____. **RMS 29.087**. Demarcação de terras indígenas. O marco referencial da ocupação é a promulgação da Constituição Federal de 1988. Necessidade de observância das salvaguardas institucionais. Precedentes. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF: Superior Tribunal Federal, [2014]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>.

_____. **RMS 29.542 Distrito Federal**. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Terra indígena demarcada na década de 1970. Homologação por decreto presidencial de 1983: revisão e ampliação. Portaria n. 3.588/2009 do ministro de Estado da Justiça. Alegados vícios e irregularidades no processo demarcatório precedente. delimitação de área inferior à reivindicada. Adequação aos parâmetros de posse tradicional indígena (art. 231 da Constituição da República): impossibilidade. Caso Raposa Serra do Sol (Petição n. 3.388/RR). Fixação de Regime Jurídico Constitucional de Demarcação de Terras Indígenas no Brasil. Desatendimento da salvaguarda institucional proibitiva de ampliação de terra indígena demarcada antes ou depois da promulgação de 1988. Recurso Ordinário Provido. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF: Superior Tribunal Federal, [2014]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218303>.

_____. **Emb. Decl. nº RMS 29.087**. Embargos de Declaração opostos pela Fundação Nacional do Índio e pela União Federal – incoerência de contradição, obscuridade ou omissão – Pretendido reexame da causa – caráter infringente – inadmissibilidade – ambos os embargos de declaração rejeitados. – Não se revelam cabíveis os embargos de declaração, quando a parte recorrente – a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição – vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. Relator: Min Gilmar Mendes. Brasília, DF: Superior Tribunal Federal, [2015]. Disponível em: file:///C:/Users/terc63762/Downloads/texto_312797725%20(1).pdf.

Referências

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

CARVALHO RAMOS, André. O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliانا Lyra (org.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 805-850.

_____. **Pluralidade das ordens jurídicas**: a relação do direito brasileiro com o direito internacional. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **Processo Internacional dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

- CIDH. **Democracia y Derechos Humanos en Venezuela**. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54. 30 dic. 2009.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Le pluralisme ordonné**. Paris: Édition du Seuil, 2006.
- ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. Pueblos Indígenas y Tribales: la construcción de contenidos culturales inherentes en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos. **Anuário Mexicano de Derecho Internacional**, Mexico, DF, v. XIV, p. 581-616, 2014.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia das Letras, 2008.
- LIBÓRIO, Bárbara. **Com orçamento em queda, Funai gasta apenas R\$ 12 por índio em 2017**. The Intercept Brasil, Rio de Janeiro, 30 out. 2017. Disponível em: <https://theintercept.com/2017/10/30/com-orcamento-em-queda-funai-gasta-apenas-r-12-por-indio-em-2017/>. Acesso em: 4 nov. 2018.
- MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais**: jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do Direito**: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- PEREIRA, Levi Marques. **Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Guarani-Kaiowá Guyraroká**. Três Lagoas: Funai, 2002.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?** Para uma Crítica do Direito (Brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.
- SCHETTINI, Andrea. Por um Novo Paradigma de Proteção dos Direitos dos Povos Indígenas: uma análise crítica dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **SUR – Rede Universitária de Direitos Humanos**, v. 9, n. 17, p. 63-86, dez. 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre a situação do direito indígena à terra**. Maio, 2016. Disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer_prof._jose_afonso_ultima_versao.pdf. Acesso em: 4 nov. 2018.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). **Direitos Humanos, democracia e integração jurídica**: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 515-530.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo, Atlas, 2002. v. 1.
- SUDRE, Frédéric. A propôs du dynamismo interprétatif de la Cour Européenne des Droit de l'homme, **28 Semaine Juridique**, I-335. 2001.
- TAULI-CORPUZ, Victoria. **Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas**. Genebra: Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, 8 ago. 2016.
- _____. **Statement of Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples to the UN General Assembly**. Nova Iorque: AGNU, 17 out. 2016.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. v. 1.
- VALENTE, Rubens. Em situação 'crítica', Funai ameaça fechar metade das unidades. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 26 out. 2016.
- VILLARES, Luiz Fernando; YAMADA, Erica Magami. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: Todo Dia Era Dia de Índio. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 11, p. 143-159, jan./jun. 2010.

10 O CONCEITO DE TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO PARA A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS¹

¹ Esta pesquisa é uma versão atualizada do *paper* apresentado no “III Seminário Diálogo Internacional entre Juízes: direitos humanos e desenvolvimento sustentável” realizado nos dias 4 a 6 de maio de 2017 na Universidade Tiradentes (Aracaju, Sergipe).

José Lucas Santos Carvalho²
Flávia de Ávila³

Resumo: O presente artigo analisa a prevalência do uso da jurisprudência na fundamentação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) na decisão do Caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contra a República Federativa do Brasil” para conceituar o Trabalho Escravo Contemporâneo (TEC). Trata-se da primeira situação que abrange escravidão contemporânea e tráfico de pessoas julgada pela Corte IDH. Nesse caso, os juízes se valeram primordialmente de decisões internacionais para entender a recorrência do trabalho escravo hodiernamente e construir conceito que compreende formas diferenciadas de sujeição de indivíduos a outros em razão da exploração de seu trabalho. Procura-se demonstrar, portanto, que, apesar da normativa nacional e internacional e da norma costumeira de jus cogens proibirem sua ocorrência, o fenômeno do trabalho escravo na contemporaneidade é recorrente. E, em razão das deficiências do direito interno dos países, seu enfrentamento pela Corte IDH é necessário. A jurisprudência internacional foi fundamental para que se interpretassem os tratados internacionais de direitos humanos e fosse abalizada a decisão da Corte IDH no caso concreto.

Palavras-chave: Trabalho Escravo Contemporâneo. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Jurisprudência.

Abstract: *This article analyzes the prevalence of jurisprudence as ground of the Inter-American Court of Human Rights in the decision of the case "Workers of the Green Brazil Finance against a Federative Republic of Brazil" to conceptualize Contemporary Slave Labor. This is the first situation that concerns contemporary slavery and people trafficking judged by the Inter-American Rights Court of Human Rights. In this case, judges use primarily international decisions to understand the recurrence of slave labor nowadays and to construct a concept that comprises different forms of subjugation of subjects to others because of the exploitation of their work. It is tried to demonstrate, therefore, that despite the national and international normative and the usual norm of jus cogens prohibit its occurrence, the phenomenon of slave labor in the contemporaneity is*

² Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito Público pela Estácio de Sergipe. Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes. Analista do Ministério Público de Sergipe. Estudante pesquisador do grupo de pesquisa “Natureza Humana, Pluralismo e Multiculturalismo no âmbito dos Direitos Humanos”, registrado no CNPq.

³ Professora do Departamento de Relações Internacionais e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Líder do grupo de pesquisa “Natureza Humana, Pluralismo e Multiculturalismo no âmbito dos Direitos Humanos”, registrado no CNPq.

recurrent and, as a result of the domestic law systems deficiencies, its confrontation by the Inter-American Human Rights Court is necessary.

Keywords: *Contemporary Slave Labor. Inter-American Rights Court of Human Rights. Jurisprudence.*

I Introdução

O Trabalho Escravo Contemporâneo (TEC) é um fenômeno social global que apesar de ilegal se mantém, com o descarte de vidas e com a garantia de vantagens do ponto de vista econômico e operacional para o explorador. A condição de vulnerabilidade dos mais pobres é causa de exclusão social e de inserção desses sujeitos na rede de exploração do trabalho humano, que alicia indivíduos em maioria jovens, analfabetos e de regiões com baixo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) (OIT, 2011). De acordo com o sociólogo Kevin Bales (2012), a escravidão contemporânea é mais vantajosa que a antiga escravidão, legalmente permitida, mas que possuía alto custo, lucros baixos e dificuldade para se obter mão de obra. O TEC, ao contrário, tem baixo custo de recrutamento da mão de obra, maior lucro em razão da rotatividade e considera os indivíduos como descartáveis, devido ao grande contingente de trabalhadores desempregados e em situação de miserabilidade.

O TEC desafia tanto o direito interno dos países quanto o sistema internacional de proteção dos direitos humanos a garantir a sua efetividade. Diversos são os instrumentos normativos criados para proibir o trabalho escravo, além de serem considerados norma imperativa do Direito Internacional (*jus cogens*) e implicarem obrigações *erga omnes*. No entanto, as complexas e dinâmicas relações sociais da contemporaneidade criam variadas formas de exploração do trabalho humano que exigem a atuação dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos para contribuir no conteúdo e alcance da expressão Trabalho Escravo Contemporâneo (TEC).

Assim, apesar de os Estados aderirem às normas de direitos humanos, firmando compromissos formais na ordem internacional, o cotidiano dessas democracias revela ação estatal tendente a violar esses direitos. Nesse cenário, o combate ao trabalho escravo contemporâneo mobiliza diversos atores sociais para exigirem dos Estados a adoção de medidas efetivas visando cessar a prática da escravidão contemporânea. Nessas ações em prol dos direitos humanos, a utilização dos sistemas internacionais de proteção desses direitos é fator relevante, seja em âmbito universal, seja regional. No caso dos Estados americanos, por serem membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), as violações são competência da Comissão Interamericana de Direitos

Humanos (CIDH) que, entendendo ser o caso e havendo reconhecimento da jurisdição do Estado envolvido, pode provocar a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Esses órgãos compõem o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH) e passam, então, a assumir relevante papel na concretização desses direitos no continente americano e a enfrentar grandes desafios em relação à efetividade de suas decisões.

Nesse quadro, consoante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) (2016, p. 63), e na mesma linha do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais. Essa interpretação evolutiva é consequente com as regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como com as estabelecidas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, sendo a atividade da jurisdição internacional um dos instrumentos mais relevantes para fortalecer o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Nessa perspectiva, o uso da jurisprudência pelos tribunais internacionais, prevista como fonte de direito internacional pelo art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, permite um diálogo efetivo para fortalecer a perspectiva de universalização dos direitos humanos e de integridade do sistema de proteção, ao estabelecer o alcance e o sentido das normas internacionais, como é o caso do conceito de trabalho escravo nos dias atuais.

No mais, a jurisprudência internacional também demonstra a necessidade de atuação de tribunais internacionais na garantia de direitos que, internamente, carecem de efetividade. Desse modo, o presente trabalho analisa o uso da jurisprudência na fundamentação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso "Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contra a República Federativa do Brasil" para conceituar o Trabalho Escravo Contemporâneo. A primeira parte terá por escopo apresentar a jurisprudência como fonte do direito internacional público, ao denotar sua importância em ser meio auxiliar para a identificação do direito, bem como uma forma concreta de interligação entre a realidade e o direito. Em seguida, mostrar-se-á como a Corte IDH conceituou o TEC a partir da análise da jurisprudência internacional sobre a matéria. Por fim, será descrito o Caso "Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contra a República Federativa do Brasil" em que a Corte IDH desenvolveu o conceito apresentado neste trabalho.

A presente pesquisa utiliza, no âmbito da vertente teórico-metodológica das ciências sociais aplicadas, citado por Gustin e Dias (2006), a linha jurídico-teórica, por se aproximar da teoria dos direitos humanos e da hermenêutica jurídica ao estudar conceitos, interpretação e aplicação de normas. Consequentemente, adotou-se o tipo metodológico jurídico-exploratório, pois são analisados diversos aspectos sobre a temática. Vale-se,

ainda, da técnica de análise de conteúdo de jurisprudência, textos doutrinários, acadêmicos e normas legais.

2 A jurisprudência como fonte do direito internacional público e dos direitos humanos

O papel da jurisprudência nas fontes do direito internacional público (DIP) é tema de vigorosa discussão jurídica.⁴ O próprio significado da palavra jurisprudência é polifônico, dotado de plurivocidade e, no âmbito do DIP, há um debate sobre a quem caberia ter o poder de criá-la. Desse modo, pergunta-se se somente os órgãos jurisdicionais internacionais, ao proferirem decisões reiteradas sobre determinada matéria, detêm a capacidade de proferir decisões consideradas jurisprudência ou se outros mecanismos que atuam na aplicação do direito internacional têm esta envergadura criativa, como as comissões e os comitês de acompanhamento dos tratados e os foros arbitrais.

A classificação tradicional das fontes do direito compreende-as em fontes materiais e formais. As fontes materiais não pertencem à ciência jurídica, são os elementos sociais, econômicos e políticos, as bases teóricas e os valores que inspiram a criação dos conceitos e institutos no âmbito do direito, enquanto as fontes formais são os métodos ou processos de criação da norma jurídica (MAZZUOLI, 2015). No entanto, Mazzuoli (2015) adverte que essa classificação no contexto das relações internacionais, em que a dinâmica da produção normativa acontece sem a existência de uma autoridade superior, como ocorre no âmbito interno com a Constituição, pode não contribuir para a compreensão do fenômeno das fontes.

No campo das fontes formais, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ)⁵ é considerado importante documento de elenco das fontes do direito internacional, em que pese não prever outras expressões do DIP que atualmente são discutidas, a exemplo dos atos unilaterais estatais e das decisões das organizações internacionais, além do mais recente conceito de *soft law*. O Estatuto da CIJ elenca como fontes os tratados, o costume, os princípios gerais do direito, a jurisprudência e a doutrina. O artigo 38, ao estabelecer que a função do Tribunal é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, fixa as “decisões judiciais” como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, com a ressalva do art. 59 que dispõe da

⁴ Mazzuoli (2015, p. 127) leciona que o tema das fontes do direito internacional público é objeto fundamental de estudo dessa área, pois representam os elementos básicos do regime jurídico internacional e na dinâmica do mundo atual, em que novos atores internacionais surgem, os meios tradicionais pelos quais o direito internacional acontece e se amplia.

⁵ A Corte Internacional de Justiça foi estabelecida como o principal órgão judiciário das Nações Unidas pela Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco no dia 26 de junho de 1945 e com entrada em vigor no dia 24 de outubro de 1945.

obrigatoriedade da decisão da Corte acerca do caso em questão apenas para as partes litigantes.

Jayawickrama (2002), ao estudar as fontes que consubstanciam materialmente os direitos preconizados pela Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, e os Pactos Internacionais de Direitos de 1966 (Direitos Cívicos e Políticos – DCP – e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – DESC), identifica uma variedade de possibilidades para interpretação dos Direitos Humanos. Entre elas, os julgamentos e as opiniões consultivas da Corte Internacional de Justiça e de sua predecessora, a Corte Permanente de Justiça Internacional, os julgamentos das Cortes regionais especializadas e os relatórios de comissões que integrem seu sistema, bem como as decisões nacionais que tratem da matéria e o trabalho dos juristas.

Mais especificamente sobre a atuação de tribunais internacionais, para Giorgetti (2012, p. 1-3), apesar de parecerem um grupo heterogêneo cuja atuação está adstrita a diversos órgãos adjudicatórios, há pelo menos cinco características que lhes são comuns. A primeira diz respeito à possibilidade de vincular as partes a suas decisões. Apesar de muitos tribunais terem jurisdição consultiva, o que define os tribunais para Giorgetti é o exercício de funções adjudicatórias acompanhadas de força legal. Em segundo lugar, são instrumentos governados pelo direito internacional ou por uma resolução de uma organização internacional. Uma terceira característica é aplicarem o direito internacional para resolver suas disputas, a exemplo do designado pelo art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Por quarto, os juízes ou árbitros não devem representar seu país de origem, mas dependem apenas de sua capacidade pessoal para julgar. E, finalmente, a última característica diz respeito à independência dos funcionários internacionais que trabalham em Cortes, que, assim como os juízes, não servem ao seu país de origem.

Sobre os direitos humanos, De Schutter (2010, p. 31-47) descreve o que parece ser, desde os anos 90 do século passado, a emergência, um *ius commune* transnacional de direitos humanos. Essa é uma ideia polêmica, passível de críticas, como salienta o próprio autor. Uma dessas críticas é justamente a tentativa de autonomia dos direitos humanos frente ao direito internacional, por aproximação de métodos do direito constitucional nacional dos Estados, bem como a suposta uniformização de sua aplicação em diferentes partes do mundo sem que se levem em conta as especificidades culturais e sociais. Todavia, é inegável que é cada vez mais comum a ocorrência de certos fatores que sinalizam para o desenvolvimento dos direitos humanos por meio dos seus órgãos de interpretação. A formação desse arcabouço jurídico seria resultado do uso frequente de referências cruzadas das diferentes interpretações de Cortes internacionais e domésticas, que usam de linguagem similar baseada na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Outra razão para a construção desse direito comum seria a proliferação de

bases de dados legais, que facilitam a tarefa da procura de informações sobre as práticas seguidas por outras jurisdições. A ação de organizações não governamentais como petionárias ou *amici curie* tem sido decisiva em muitas jurisdições de direitos humanos no sentido de apresentarem estudos de direito comparado. Outro motivo ainda se apresenta pela possibilidade de maior legitimidade da atuação de juízes, tanto nacionais quanto internacionais, em usarem diferentes fontes de direito internacional na procura de se emancipar de textos legais muito limitados quanto à interpretação de direitos.

No mais, cabe aos tribunais internacionais a interpretação e a aplicação do *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), com a observância da evolução dos direitos fundamentais da pessoa humana no Direito Internacional contemporâneo como critério de atuação. De acordo com a Corte IDH (2016, p. 64), no Caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, o *corpus juris* do DIDH é formado por um conjunto de instrumentos internacionais de conteúdo e efeitos jurídicos variados, tais como os tratados, os convênios, as resoluções e as declarações de direitos, tendo a sua evolução ocorrida de forma dinâmica e com um impacto positivo no Direito Internacional, no sentido de afirmar e desenvolver a aptidão deste último para regulamentar as relações entre os Estados e os seres humanos sob suas respectivas jurisdições. A jurisprudência como fonte do direito significa dizer de seu uso como instrumento de interpretação de textos jurídicos. Para Manzor (2008, p. 198), o trabalho da jurisprudência é de interpretar, integrar e completar as normas jurídicas de forma a alcançar a harmonia do sistema jurídico. Todavia, apesar de ser considerada majoritariamente como uma fonte auxiliar, com a complexidade do mundo atual, a jurisprudência tornou-se um efetivo parâmetro tanto na interpretação das normas jurídicas para a atuação dos tribunais internacionais diante de casos em que a norma ainda não conseguiu acompanhar as dinâmicas das relações sociais contemporâneas, quanto para efetivamente expandir tais interpretações aos casos concretos.

Um exemplo consiste na ampliação da judicialização no âmbito internacional de direitos econômicos, sociais e culturais. Apesar de a legislação doméstica de muitos países, como o Brasil, trazerem expressamente a preocupação de garantia de tais direitos, esta dimensão dos direitos humanos está cada vez mais abrangida no âmbito da jurisprudência internacional, pois o direito interno tem se mostrado insuficientemente efetivo (LANGFORD, 2011, p. 1). Todavia, o estudo de Kauffman e Rodríguez-Garavito (2014, p. 55) constatou que os tribunais de sistemas regionais de direitos humanos não conseguem conhecer do caso da maneira que Cortes locais, por não precisarem o contexto jurídico, social, econômico e político do lugar em que os fatos ocorreram. Para dirimir esse problema, os tribunais internacionais desenvolveram estratégias para combater a não observação de direitos econômicos, sociais e culturais. Estas envolvem o uso de sentenças piloto, que estipulam cronogramas para que os direitos possam ser implementados,

definição e a coordenação de responsabilidades entre participantes nacionais e internacionais, e reuniões sobre o cumprimento das sentenças com autoridades estatais e petionários.

Portanto, em razão dessas possibilidades de desenvolvimento dos direitos humanos por meio da atuação da jurisdição internacional, que se tem mostrado mais intensa e importante, petionários buscam com mais regularidade o ajuizamento de temas que possam discutir os seus limites, como é o caso do Trabalho Escravo Contemporâneo (TEC). Foi nessa perspectiva que a Corte IDH tem firmado o entendimento de que a interpretação de um instrumento internacional de proteção deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais, pois a interpretação evolutiva, em concordância com as regras gerais de interpretação dos tratados, contribuiu de maneira importante para os avanços do DIDH.

Nesse sentido, o persistente fenômeno do TEC que, de acordo com a Organização Internacional do Trabalho (2012), atinge cerca de 21 milhões de pessoas, quase 0,5% da população mundial⁶, necessita de diversos atores envolvidos no seu enfrentamento, especialmente diante das transformações atuais das relações de capital, trabalho e produção que levaram a uma adaptação da prática que compreende diversas violações, incluindo o trabalho forçado, a exploração do trabalho infantil, a utilização de crianças em conflitos armados, a servidão por dívidas, a servidão doméstica, casamentos servis, a escravidão sexual e o tráfico de pessoas (ONU, 2014, p. 3).

Desse modo, para compreender a recorrência do trabalho escravo hodiernamente e construir conceito que possa compreender estas formas diferenciadas de sujeição de sujeitos a outros em razão da exploração de seu trabalho, os tribunais internacionais de direitos humanos necessitam atualizar a normativa internacional para contextualizá-la na dinâmica das relações de exploração contemporâneas. Especificamente no caso da Corte IDH, os juízes se valeram primordialmente de decisões internacionais para alcançarem a decisão mais protetiva ao indivíduo, seguindo o princípio *pro persona* e, conseqüentemente, avançando na efetividade do DIDH.

⁶ A região do planeta com a maior prevalência de trabalho escravo contemporâneo, definida como o número de vítimas por mil habitantes, é o centro e sudeste da Europa (compostos por países que não integram a União Europeia) e a Comunidade de Estados Independentes (4,2 por 1.000 habitantes). Em seguida, estão a África (4 por 1.000 habitantes), o Oriente Médio (3,4 por 1.000 habitantes), a Ásia-Pacífico (3,3 por 1.000 habitantes), a América Latina e o Caribe (3,1 por 1.000 habitantes) e, por fim, as economias desenvolvidas e a União Europeia (1,5 por 1.000 habitantes) (ONU, 2014, p. 3-4).

3 A construção do conceito de trabalho escravo contemporâneo pela Corte IDH

O TEC é um fenômeno social global que é realizado de variadas formas, a partir das diversas dimensões do trabalho humano, tendo a exploração do indivíduo como característica comum. Contemporaneamente, para determinar uma situação como escravidão é necessário analisar um conjunto de características que não se limitam ao exercício dos atributos do direito de propriedade que está adstrito ao conceito tradicional de escravidão ou *chattel* (CORTE, 2016, p. 71). Há uma diversidade de termos para caracterizar a situação e uma variação de sentidos, constituindo um campo político-ideológico de construção do conceito no âmbito internacional e interno.

Bales (2012, p. 260) constata que a terminologia, por ser tão vasta e muitas vezes se perder em palavra, definições, torna-se a cortina de fumaça pela qual detentores de escravos, empresários e governos se escondem. Há uma grande variedade de denominações, como constata Carvalho (2018) em um levantamento de termos e seus significados: trabalho escravo contemporâneo, escravidão contemporânea, trabalho em condições subumanas, trabalho forçado, servidão, servidão por dívida, escravidão por dívida, escravidão branca, redução à condição análoga à de escravo, trabalho análogo ao de escravo, superexploração do trabalho, nova escravidão ou neoescravidão.

Esterci (2008, p. 4-5) explica que ainda existem classificações a que não se dá a devida atenção, além de que estas “se fazem de acordo com o contexto, os critérios e as posições dos diversos atores envolvidos ou que se pronunciam em cada caso” e, mesmo entre atores que ocupam uma posição semelhante na estrutura social, não há consenso. O fato é que por trás deste processo de atribuição de significância à expressão existem lutas, “lutas essas em torno da dominação, do uso repressivo da força de trabalho e da exploração”.

No caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal decidiu utilizar a expressão “Trabalho Escravo Contemporâneo”, esse termo efetivamente dimensiona o problema, pois explicita que as variadas formas de exploração constituem trabalho escravo, esclarecendo-se o debate político sobre o tema que tanto fragiliza o enfrentamento da escravidão.

A Corte IDH, ao julgar o seu primeiro caso de trabalho escravo, Caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contra a República Federativa do Brasil”, sentença de 20 de outubro de 2016, utilizou-se primordialmente da jurisprudência internacional sobre a matéria para delimitar o alcance do artigo 6 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece a proibição da escravidão e da servidão, de acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e as figuras de escravidão, trabalho forçado, servidão e tráfico de pessoas.

No artigo 6 da Convenção Americana de Direitos Humanos há quatro conceitos intimamente relacionados: escravidão, servidão, trabalho forçado e tráfico de pessoas. O artigo 6.1, da Convenção afirma que ninguém pode ser submetido à escravidão ou à servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas. Nenhum indivíduo também deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório (art. 6.2) e, nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, a proibição estabelecida na Convenção não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da referida pena, imposta por juiz ou tribunal competente, no entanto, o trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso (art. 6.3).

Todavia, esses conceitos necessitam ser analisados na perspectiva das relações de trabalho contemporâneas para abranger formas de exploração do indivíduo que inexistiam na elaboração do referido documento internacional de direitos humanos. Assim, a Corte IDH analisou a evolução desses conceitos no Direito Internacional para, então, determinar o conteúdo das disposições previstas no artigo 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos à luz das normas de interpretação previstas no art. 29 da Convenção. Como regras de interpretação das disposições jurídicas, a Corte recorreu à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a qual reflete a regra geral e consuetudinária de interpretação dos tratados internacionais que implica na aplicação simultânea e conjunta da boa-fé, do sentido comum dos termos empregados no tratado em questão, do seu contexto e do seu objeto e fim (artigo 31 e 32 da Convenção de Viena).

Quando a prática da escravidão foi considerada ilegal, pois sempre se figurou ilegítima no âmbito do direito internacional, esforços significativos foram feitos ao longo do século XX para que a escravidão contemporânea se tornasse objeto de normas internacionais. O primeiro tratado universal sobre a matéria foi a *Slavery Convention* (Convenção sobre Escravatura), adotada em Genebra, em 25 de setembro de 1926, sob os auspícios da Liga de Nações, predecessora das Nações Unidas,⁷ sendo idealizada, nesse momento, uma definição básica de escravidão, que se constituiu em modelo para muitos Estados. De acordo com a referida Convenção, a escravidão deve ser entendida como o exercício dos atributos do direito de propriedade sobre uma pessoa, isto é, as faculdades de usar, gozar ou dispor de outro ser humano.

⁷ O primeiro instrumento internacional a condenar a prática da escravidão foi a Declaração de 1815 relativa à abolição universal do tráfico de escravos ("Declaración relativa a la abolición universal de la trata de esclavos", de 8 de fevereiro de 1815). O movimento abolicionista iniciou-se com o objetivo de pôr fim ao tráfico de escravos no Atlântico e libertar os escravos nas colônias de países europeus e nos Estados Unidos da América. Desde o século XIX, foram estabelecidos diversos acordos multilaterais e bilaterais dispondo sobre a proibição da prática da escravidão tanto em tempo de guerra como de paz. Estima-se que, entre 1815 e 1957, estabeleceu-se uns 300 acordos relativos à abolição da escravidão, mas nenhum foi totalmente efetivo (ONU, 2002).

Essa concepção de escravidão vinculada ao exercício de direito de propriedade relaciona-se com a concepção tradicional de escravidão, quando a prática era juridicamente permitida e um ser humano possuía a propriedade legal de outro ser humano. A associação ao conceito de propriedade, estabelecida na segunda década do século XX, referia-se às práticas dos regimes coloniais e já não estava consentânea com a forma como a escravidão ocorria nas sociedades capitalistas de produção, pois o que se tinha, na realidade, era o completo controle do indivíduo, a sua posse, sem o estabelecimento de uma relação exploratória de propriedade. Neste sentido, Kevin Bales afirma:

Podemos pensar que a escravidão é uma questão de propriedade, mas isso depende do que entendemos por propriedade. No passado, a escravidão implicava que uma pessoa possuía legalmente outra pessoa, mas a escravidão moderna é diferente. Hoje, a escravidão é ilegal em todos os lugares e não há mais propriedade legal dos seres humanos. Quando as pessoas compram escravos hoje não pedem um recibo ou documentos de propriedade, mas eles ganham controle - e eles usam a violência para manter esse controle. Os proprietários de escravos possuem todos os benefícios da propriedade sem as legalidades. De fato, para os proprietários de escravos, não ter uma propriedade legal é uma melhoria, porque eles obtêm controle total sem qualquer responsabilidade pelo que eles possuem. Por essa razão, tendem a usar o termo 'escravo' em vez de proprietário de escravos. (Tradução livre)⁸

Posteriormente, a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956 ampliou a definição de escravidão ao refletir sobre a proibição absoluta outorgada à escravidão também como "instituições e práticas análogas à escravidão", como a servidão por dívidas e a servidão, entre outras. Desde então, no processo de positivação do direito internacional dos direitos humanos, a proibição da escravidão passou a ser prevista em vários tratados internacionais, sendo uma norma imperativa do Direito Internacional (*jus cogens*), que não pode ser derogada ou modificada por norma ulterior, e implica em obrigações *erga omnes* para os Estados perante a comunidade internacional.

Em relação ao desenvolvimento dos direitos humanos como conjunto normativo internacional, importantes tratativas tornaram-se obrigação para seus Estados signatá-

⁸ We might think slavery is a matter of ownership, but that depends on what we mean by ownership. In the past, slavery entailed one person legally owning another person, but modern slavery is different. Today slavery is illegal everywhere, and there is no more legal ownership of human beings. When people buy slaves today they don't ask for a receipt or ownership papers, but they do gain control-and they use violence to maintain this control. Slaveholders have all of the benefits of ownership without the legalities. Indeed, for the slaveholders, not having legal ownership is an improvement because they get total control without any responsibility for what they own. For that reason I tend to use the term slaveholder instead of slaveowner. (BALES, 2012, p. 42)

rios. A Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, que propôs o reconhecimento de direitos próprios dos seres humanos que, de alguma maneira, não pudessem ser violados pelo Estado (ÁVILA, 2014), dispõe em seu artigo 4 que ninguém será mantido em escravidão ou servidão e que a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas. A servidão foi identificada pela primeira vez na DUDH (SOLLA, 2009), todavia, a Declaração não se refere a conceitos, apenas prevê a proibição da escravidão. Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, dispõe em seu artigo 8.1 e 8.2 que ninguém poderá ser submetido à escravidão, que a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos e que ninguém poderá ser submetido à servidão. O Pacto diferencia escravidão, servidão e trabalho forçado, além de admitir este último como pena de processo criminal.

1. Ninguém poderá ser submetido à escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos.
2. Ninguém poderá ser submetido à servidão.
3. a) Ninguém poderá ser obrigado a executar trabalhos forçados ou obrigatórios;
- b) A alínea a) do presente parágrafo não poderá ser interpretada no sentido de proibir, nos países em que certos crimes sejam punidos com prisão e trabalhos forçados, o cumprimento de uma pena de trabalhos forçados, imposta por um tribunal competente;
- c) Para os efeitos do presente parágrafo, não serão considerados "trabalhos forçados ou obrigatórios":
 - I) qualquer trabalho ou serviço, não previsto na alínea b) normalmente exigido de um indivíduo que tenha sido encarcerado em cumprimento de decisão judicial ou que, tendo sido objeto de tal decisão, ache-se em liberdade condicional;
 - II) qualquer serviço de caráter militar e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, qualquer serviço nacional que a lei venha a exigir daqueles que se oponham ao serviço militar por motivo de consciência;
 - III) qualquer serviço exigido em casos de emergência ou de calamidade que ameacem o bem-estar da comunidade;
 - IV) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc), de 1966, também assim relaciona, conforme previsão de seus artigos. 6º e 7º, condições

de trabalho justas e favoráveis. Segundo o artigo 6º, o direito ao trabalho compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomar-se-ão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

Castilho (1999, p. 83) relata que, em 1975, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas estabeleceu um grupo de trabalho, composto por 5 especialistas, sobre as formas contemporâneas de escravidão como subcomissão da Comissão de Direitos Humanos. Esse grupo passou a se reunir anualmente para examinar os casos que lhes são apresentados. Segundo a autora, como resultado deste trabalho tem-se a tendência do direito internacional “de reconhecer como práticas análogas à escravidão novas formas de sujeição que vão surgindo no curso do tempo ou velhas formas que vão se tornando inaceitáveis”.

No âmbito regional, a Convenção Europeia de Direitos do Homem, de 1950, dispõe sobre a proibição da escravidão, da servidão e do trabalho forçado de maneira genérica em seu artigo 4; e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, proíbe a escravidão em conjunto com outras formas de exploração e degradação do homem, como o tráfico de escravos, a tortura, as penas e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. No sistema interamericano, o direito a não ser submetido à escravidão, à servidão, ao trabalho forçado ou ao tráfico de escravos e mulheres possui um caráter essencial na Convenção Americana, pois forma parte do núcleo inderrogável de direitos, não podendo ser suspenso em casos de guerra, perigo público ou outras ameaças (artigo 27.2 da Convenção).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) também tratou da proibição da escravidão na Convenção nº 29, de 1930, e nº 105, de 1969, em que, de acordo com o artigo 2º da Convenção nº 29, a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade. Além disso, em 1999, a Convenção nº 182 cuidou da Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua eliminação e a OIT se referiu expressamente à Convenção Suplementar de 1956 ao considerar que “o trabalho forçado ou obrigatório [pode vir a produzir] condições análogas à escravidão” e ao momento de obrigar a supressão do trabalho forçado.

A proibição da escravidão também está na esfera do direito humanitário, o Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra declara a proibição “em qualquer momento ou lugar” da “escravatura e o tráfico de escravos, qualquer que seja a sua forma” e os tribunais internacionais do pós-guerra, o Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 1945, e o Tribunal Militar Internacional de Tóquio, de 1946, proíbem a escravidão como crime contra a humanidade. A escravidão como delito contra a humanidade foi

incluída no rol de crimes sobre os quais os tribunais penais internacionais têm competência.

Todavia, para compreender o significado atual de proibição do trabalho escravo que está nos documentos internacionais referidos na sentença, a Corte buscou a interpretação da definição de escravidão e de suas formas análogas, realizadas por diversos Tribunais internacionais que tiveram a oportunidade de se pronunciar sobre este delito. O uso da jurisprudência internacional foi necessário para demonstrar a interpretação evolutiva do conceito de escravidão e delimitar as formas contemporâneas identificadas.

A Corte IDH considerou histórica a decisão da Câmara de Apelações do Tribunal Penal Internacional *Ad Hoc* para a antiga Iugoslávia no “Caso Promotor *Versus* Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac e Zoran Vukovic”, sentença de 12 de junho de 2002, em que o Tribunal realizou a interpretação evolutiva do conceito de escravidão, ao considerar que, atualmente, o importante não é a existência de um título de propriedade sobre o escravo, mas o exercício de poderes vinculados à propriedade que se traduzem na destruição ou anulação da personalidade jurídica do ser humano. Na sentença, a Corte estabeleceu critérios para determinar a existência de uma situação de escravidão ou redução à servidão.

Também se analisou julgados do Tribunal Especial para Serra Leoa,⁹ do Tribunal de Justiça da Comunidade Econômica de Estados da África Ocidental,¹⁰ das Salas Extraordinárias das Cortes do Camboja para o Processamento de Crimes Cometidos durante o Período do Kampuchea Democrático¹¹ e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)¹² para demonstrar que esses tribunais seguiram os critérios estabelecidos pelo Tribunal Penal Internacional *Ad Hoc* para a antiga Iugoslávia (no “Caso Kunarac”) visando conceituar a escravidão contemporânea. A Corte IDH também se valeu da jurisprudência de órgãos não judiciários como da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, do Comitê Cedaw das Nações Unidas, do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que também utilizaram o referido julgado paradigmático.

Assim, após apresentar a jurisprudência, a Corte IDH afirmou que, para determinar uma situação como escravidão deve-se avaliar a manifestação dos chamados “atributos do direito de propriedade” com base nos seguintes elementos originados do Tribunal Penal Internacional *Ad Hoc* para a antiga Iugoslávia: a) restrição ou controle da autonomia individual; b) perda ou restrição da liberdade de movimento de uma pessoa; c)

⁹ Caso “Promotor *versus* Sesay, Kallon and Gbao”, sentença de 2 de março de 2009; Caso “Promotor *versus* Brima, Kamara e Kanu”, sentença de 20 de junho de 2007.

¹⁰ Caso “Mme Hadijatou Mani Koraou *versus* República de Niger”, sentença de 27 de outubro de 2008.

¹¹ Caso “Duch”, sentença de 3 de fevereiro de 2012.

¹² Caso “Rantsev *versus* Chipre e Rússia”, sentença de 7 de janeiro de 2010.

obtenção de um benefício por parte do perpetrador; d) ausência de consentimento ou de livre arbítrio da vítima, ou sua impossibilidade ou irrelevância devido à ameaça de uso da violência ou outras formas de coerção, o medo de violência, fraude ou falsas promessas; e) uso de violência física ou psicológica; f) posição de vulnerabilidade da vítima; g) detenção ou cativeiro; e h) exploração (2016, p. 72).

A Corte IDH atualizou também outras formas de TEC: a servidão, o tráfico de escravos e de mulheres e o trabalho forçado. Essas formas análogas da escravidão tradicional mantêm características essenciais do conceito como o exercício do controle sobre uma pessoa mediante coação física ou psicológica de maneira que signifique a perda de sua autonomia individual e a exploração contra sua vontade. A justificação desses conceitos, interpretados à luz da realidade contemporânea, igualmente ocorreu pelo uso da jurisprudência que foi minuciosamente analisada.

A Corte Interamericana considerou que a servidão é uma forma análoga à escravidão e deve receber a mesma proteção e projetar as mesmas obrigações que a escravidão tradicional. A Corte fez referência ao TEDH no Caso “Siliadin *versus* França” e decidiu no mesmo sentido do Tribunal Europeu, determinando que a servidão consiste na obrigação de realizar trabalho para outros, imposto por meio de coerção, explícita ou implícita, e a obrigação de viver na propriedade de outra pessoa, sem a possibilidade de alterar essa condição.

Outra forma de TEC definido pela Corte é o tráfico de pessoas. A Corte IDH avaliou a evolução da proibição do tráfico de escravos e de mulheres no Direito Internacional, de modo a definir o conteúdo normativo dessa proibição prevista na Convenção Americana, que proíbe tanto o tráfico de escravos como o tráfico de mulheres “em todas as suas formas”. A Corte considerou que, à luz do desenvolvimento ocorrido no Direito Internacional nas últimas décadas, a expressão “tráfico de escravos e de mulheres” do artigo 6.1 da Convenção Americana deve ser interpretada de maneira ampla para referir-se ao “tráfico de pessoas”. Afirmou-se que a proibição não poderia limitar a proteção conferida por esse artigo unicamente às mulheres ou aos chamados “escravos”, pois sob a ótica da interpretação mais favorável ao ser humano e do princípio *pro personae*, a finalidade é a proteção do ser humano e combate ao fenômeno do tráfico de seres humanos em nossas sociedades.

Para ratificar esse entendimento, recorreu-se à interpretação realizada pelo TEDH no Caso *Rantsev* em que os conceitos de tráfico de escravos e de mulheres transcenderam o seu sentido literal de modo a proteger, na atual fase de desenvolvimento do DIDH, as “pessoas” traficadas para submissão a várias formas de exploração sem o seu consentimento, pois o elemento que vincula as proibições de tráfico de escravos e de mulheres é o mesmo, isto é, o controle exercido pelos perpetradores sobre as vítimas durante o transporte ou traslado com fins de exploração. Além disso, a Corte identificou os seguin-

tes elementos comuns a ambas as formas de tráfico: I) o controle de movimento ou do ambiente físico da pessoa; II) o controle psicológico; III) a adoção de medidas para impedir a fuga; e IV) o trabalho forçado ou obrigatório, incluindo a prostituição.

Portanto, a proibição do “tráfico de escravos e o tráfico de mulheres”, contida no artigo 6.1 da Convenção Americana, refere-se a: I) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas; II) Recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à uma situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios, para obter o consentimento de uma pessoa a fim de que se tenha autoridade sobre ela. Para os menores de 18 anos estes requisitos não são condição necessária para a caracterização de tráfico; III) Com qualquer fim de exploração. (CORTE, 2016, p. 77)

Com respeito ao trabalho forçado, a Corte utilizou-se da sua própria jurisprudência no “Caso dos Massacres de Ituango *versus* Colômbia”, julgado em 2006, em que aceitou a definição de trabalho forçado contida no artigo 2.1 da Convenção nº 29 da OIT, a qual dispõe que a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade. No “Caso dos Massacres de Ituango”, a Corte IDH considerou que a definição de trabalho forçado ou obrigatório possui dois elementos básicos: que o trabalho ou serviço seja exigido “sob ameaça de uma pena” e que sejam realizados de forma involuntária. A “ameaça de uma pena” pode consistir, entre outros, na presença real e iminente de intimidação, que pode assumir formas e graduações heterogêneas, das quais as mais extremas são aquelas que representam coação, violência física, isolamento ou confinamento, bem como a ameaça de morte dirigida à vítima ou a seus familiares. Em relação à “falta de vontade para realizar o trabalho ou serviço”, este elemento consiste na ausência de consentimento ou de livre escolha no momento do começo ou continuidade da situação de trabalho forçado, sendo que esta situação pode ocorrer por distintas causas, tais como a privação ilegal da liberdade, o engano ou a coação psicológica.

Observa-se que esse longo percurso hermenêutico da Corte IDH para definir o conteúdo do conceito de TEC o uso da jurisprudência foi fundamental, diante da necessidade de delimitar o conteúdo do conceito previsto nos tratados internacionais nas atuais relações sociais. Assim, a atuação dos tribunais internacionais de direitos humanos mostra-se indispensável para o fortalecimento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, pois o seu trabalho na atualização do direito internacional perante

mudanças do mundo atual permite uma atualização do conteúdo de uma maneira mais eficiente na proteção dos indivíduos.

4 O Caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contra a República Federativa do Brasil”

O Caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contra a República Federativa do Brasil” é derivado da Petição nº 12.066 apresentada em 1998 pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela Comissão Pastoral da Terra (CPT)¹³ à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

A Fazenda Brasil Verde está localizada no município de Sapucaia, no sul do estado do Pará e pertencia a João Luiz Quagliato Neto, um dos maiores criadores de gado do Norte do país. Tem-se notícia de que as violações aos direitos dos trabalhadores naquela propriedade rural remontam aos anos 1980, com denúncias apresentadas à Polícia Federal em dezembro de 1988 e janeiro de 1989. Nos primeiros anos da década de 1990, houve o registro das primeiras autuações da Delegacia Regional do Trabalho por fatos que poderiam caracterizar trabalho escravo contemporâneo, mas que não foram assim analisados pelas autoridades locais. No entanto, somente em 1997, como consequência da fiscalização realizada pelo Grupo Móvel do Ministério do Trabalho¹⁴ nos dias 23, 28 e 29 de abril de 1997, houve a primeira denúncia penal contra o proprietário e os aliciadores, todavia, não logrou êxito em razão de fatores que expuseram a complexa impunidade do sistema de responsabilização criminal no país no tocante ao trabalho escravo.

Foram dezenas de trabalhadores submetidos à condição de escravidão contemporânea durante esse longo período, tendo a sentença identificado a existência de oitenta e cinco trabalhadores vítimas da escravidão no ano 2000 e outros 43 trabalhadores que foram resgatados na mesma propriedade em 1997, e que tampouco receberam proteção judicial adequada, o que equivalerá a lhes negar acesso à justiça. Durante a instrução

¹³ A Comissão Pastoral da Terra (CPT) é uma organização da Igreja Católica, criada em junho de 1975, durante o Encontro de Bispos e Prelados da Amazônia, voltada para a defesa dos direitos humanos e da reforma agrária. Tem como missão “ser uma presença solidária, profética, ecumênica, fraterna e afetiva, que presta um serviço educativo e transformador junto aos povos da terra e das águas, para estimular e reforçar seu protagonismo” (CPT, 2001). Foi criada para ser um serviço à causa dos trabalhadores e trabalhadoras do campo e um suporte para a sua organização. Desde a sua criação, possui forte atuação nas denúncias de trabalho escravo contemporâneo no Brasil. Andrade (2015) afirma que a Comissão tem agido tanto no âmbito preventivo, na formação e na disseminação de informações para os trabalhadores, quanto no coercitivo, enquanto provocador dos órgãos de repressão para tornar o combate efetivo.

¹⁴ Em 1995, ano em que o Brasil reconheceu oficialmente perante a OIT a existência de trabalho escravo, algumas medidas foram tomadas, como a criação do Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM) e do Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (Gertraf), no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) do governo federal. O GEFM é responsável pela apuração das denúncias e realiza uma inspeção, feita por auditores do trabalho, policiais federais ou rodoviários e procuradores do trabalho. Já o Gertraf surgiu com a finalidade de coordenar e implementar as providências necessárias à repressão ao trabalho forçado (OIT, 2010).

processual na Corte, foram ouvidas algumas vítimas de um aliciamento ocorrido no ano 2000 por um aliciador (“gato”), conhecido como “Meladinho”, que prometeu um salário de 10 reais por “alqueire de juquirá roçada”, o que era considerado pelos trabalhadores como um salário muito atrativo. Além disso, como parte da oferta, o “gato” entregava aos interessados um adiantamento de salário entre 30 e 60 reais e lhes oferecia transporte, alimentação e alojamento durante sua estada na fazenda. Para chegar à Fazenda Brasil Verde, os trabalhadores recrutados tiveram de viajar durante aproximadamente três dias em ônibus, trem e caminhão, que não eram aptos ao transporte de pessoas. Quando os trabalhadores chegaram à Fazenda Brasil Verde, entregaram suas carteiras de trabalho ao gerente conhecido como “Toninho”, sem que estas fossem devolvidas depois, além disso, o gerente os obrigou a assinar documentos em branco. Ao chegarem à Fazenda, os trabalhadores perceberam que nada do que lhes havia sido oferecido era certo. Por meio de dívidas fraudulentamente impostas e da vigilância armada, os trabalhadores foram privados de sua liberdade, com ameaças e agressões que constituíam riscos à vida e à integridade física dos trabalhadores, além de, por outra parte, as pobres condições de trabalho atentavam contra a honra e a dignidade das pessoas.

Na sentença proferida pela Corte Interamericana em 20 de outubro de 2016, o Tribunal asseverou que o Estado brasileiro não adotou medidas para prevenir a forma contemporânea de escravidão a que foram submetidas mais de uma centena de pessoas, nem para interromper e punir os crimes de que foram vítimas. Ninguém foi responsabilizado civil ou criminalmente e as 128 vítimas resgatadas em 1997 e 2000 não foram indenizadas, o que corresponde à ofensa ao direito às garantias judiciais e denegação de Justiça.

5 Conclusão

No âmbito do direito há diversos usos e conceitos para o termo “jurisprudência”. Neste trabalho, objetivou-se analisar o conceito de jurisprudência como fonte do direito no direito internacional e dos direitos humanos, compreendendo-a como instrumento de interpretação de textos jurídicos, para que a norma jurídica possa acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais, sendo os tratados de direitos humanos instrumentos vivos, como salientou a Corte IDH. O seu uso propicia um efetivo diálogo para fortalecer a perspectiva de universalização dos direitos humanos e de integridade do sistema de proteção, ao estabelecer o alcance e o sentido das normas internacionais, além de demonstrar a necessidade de atuação de tribunais internacionais na garantia de direitos que, internamente, carecem de efetividade, como é o caso do conceito de trabalho escravo nos dias atuais.

A discussão sobre o conceito de Trabalho Escravo Contemporâneo é um campo político de muitos debates. As variadas formas de exploração da relação laboral associada ao fato da violência estrutural, responsável por pobreza e ignorância, também são fator que agrega densidade ao problema, sendo a diversidade conceitual mais um meio para não garantir o efetivo combate das práticas exploratórias. Nesse sentido, a atuação da Corte IDH ao adotar o conceito TEC, abrangendo todas as suas variadas formas, fortalece o sistema de proteção que, associado ao conhecimento tanto dos mecanismos internos quanto dos internacionais para a garantia dos direitos humanos, amplia as possibilidades de atuação para o seu combate.

O julgamento do caso referido perante o SIDH contribui para a visibilidade desse complexo fenômeno social que se utiliza da vulnerabilidade dos mais pobres e é recorrente, como apontam os dados da OIT. Espera-se que a definição trazida pela Corte lance luz ao debate no âmbito dos países americanos, favorecendo o cumprimento da normativa nacional e internacional que protege o indivíduo frente a estas variadas formas de exploração, tornando-se pauta governamental e interesse da sociedade o seu combate.

Referências

- ÁVILA, Flávia de. **Direito e Direitos Humanos**: abordagem histórico-filosófica e conceitual. Curitiba: Appris, 2014.
- ANDRADE, Shirley Silveira. **A Formação da Consciência do Trabalhador Rural Escravizado**: Reflexões Sobre as Potencialidades dos Processos Formativos Desenvolvidos pela Comissão Pastoral da Terra no Tocantins. 2015. 386 f. Tese (Doutorado em Educação) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.
- BALES, Kevin. **Disposable People**: new slavery in the global economy. 3. ed. Berkeley: University of California Press, 2012.
- CAPALDO, Giulian Ziccardi. Global Law as a Constitutional Phenomenon. *In*: CAPALDO, Giulian Ziccardi (ed.). **The Global Community**: yearbook of international law and jurisprudence. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- CARVALHO, José Lucas Santos. **As disputas em torno do conceito de Trabalho Escravo Contemporâneo no Brasil sob a ótica da biopolítica**. 2018. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2018.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Em busca de uma definição jurídico-penal de trabalho escravo. *In*: COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. **Trabalho escravo no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Loyola, 1999.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016 (Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf. Acesso em: 25 maio 2017.
- DE SCHUTTER, Oliver. **International Human Rights Law**: case, materials, commentary. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- ESTERCI, Neide. **Escravos da desigualdade**: um estudo sobre o uso repressivo da força de trabalho hoje. Rio de Janeiro: Centro Ecsteine de Pesquisas Sociais, 2008.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática.. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

JAYAWICKRAMA, Nihal. **The Judicial Application of Human Rights Law**: national, regional and international jurisprudence. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

LANGFORD, Malcolm. The Justiciability of Social Rights: from practice to theory. *In*: _____. (ed.). **Social Rights Jurisprudence**: emerging trends in international and comparative law. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 3-45.

MANZOR, Carolina Schiele. La Jurisprudencia Como Fuente Del Derecho: El papel de la jurisprudencia. **Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins**, n. 4, p. 181-200, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Trabalho Escravo**. Brasília, abr. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/position-paper-trabalho-escravo.pdf>. Acesso em: 30 maio 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **As boas práticas da inspeção do trabalho no Brasil**: a erradicação do trabalho análogo ao de escravo. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/labour_inspection/pub/trabalho_escravo_inspecao_279.pdf. Acesso em: 30 maio 2017.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste. **Making Social Rights Real**: implementation strategies for courts, decision makers and civil society. Bogotá: Dejusticia, 2014.

SOLLA, María Fernanda Perez. **Slavery and Human Trafficking**: international law and the role of the world bank. Washington: Human Development Network, 2009.

**11 SAÚDE MENTAL
NA JURISPRUDÊNCIA
INTERNACIONAL: CASO
XIMENES LOPES *VERSUS*
BRASIL**

Diana Tognini Saba¹

Resumo: A saúde mental é tema que vem ganhando cada vez mais espaço nos fóruns de Direitos Humanos. No presente artigo, analisa-se o Caso Ximenes Lopes, seus impactos no Brasil e o diálogo que se pode estabelecer com outros precedentes internacionais a respeito do tema.

Palavras-chave: Saúde mental. Direitos Humanos. Brasil.

Abstract: *Mental health is a hot topic in Human Rights' forums right now. In the present article, the Inter-American Human Rights Court Case Ximenes Lopes vs. Brazil is analyzed, along with its impacts in Brazil and the dialogues that can be established with other international judgements regarding this matter.*

Keywords: *Mental Health. Human Rights. Brazil.*

I Introdução

A saúde mental aporta como tema de enorme relevância na contemporaneidade com a constatação de seus impactos na população mundial, o que é ressaltado pelas agências internacionais de saúde.²

Esse novo foco sobre a saúde mental acaba ensejando uma expansão da noção tradicional dos direitos à saúde e à integridade pessoal consagrados em instrumentos internacionais, noção essa que chega às Cortes internacionais para averiguação e referendo.

No âmbito interamericano, o primeiro caso a abordar temas relacionados à saúde mental é o Caso Ximenes Lopes v. Brasil o qual é relevante por se tratar da primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e em qualquer instância internacional de proteção de Direitos Humanos.

Nesse precedente, a Corte IDH condenou violações de direitos humanos de pessoa com deficiência mental, considerada vítima em especial situação de vulnerabilidade, e estabeleceu uma série de medidas antimanicomiais a serem adotadas pelo Brasil, as

¹ Doutoranda em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela FDUSP. Advogada.

² Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5385:com-depressao-no-topo-da-lista-de-causas-de-problemas-de-saude-oms-lanca-a-campanha-vamos-conversar&Itemid=839. Acesso em: 28 maio 2018.

quais resultaram numa alteração radical da estrutura administrativa brasileira, demonstrando a interação com o ordenamento nacional.

O julgado é relevante igualmente por ser um dos primeiros casos em que a Corte IDH afirma o aspecto positivo do direito à vida a ser protegido pelos Estados, entendendo incumbir ao Estado não só impedir negativamente que o direito à vida seja violado, mas também fornecer condições positivas para que seja efetivamente exercido.³

No presente artigo, discorrer-se-á acerca do contexto fático que levou à apresentação do caso ao tribunal internacional, o procedimento internacional até a decisão final, bem como as consequências práticas advindas da condenação do Estado brasileiro.

Pretende-se também estabelecer um diálogo entre essa decisão da Corte IDH e outros precedentes dos sistemas regionais interamericano e europeu no tocante à proteção de deficientes mentais, de forma a demonstrar o atual estágio da jurisprudência internacional de direitos humanos acerca de questões afetas à saúde mental.

2 Contextualização Fática

Damião Ximenes Lopes morava com sua mãe nos arredores da cidade de Sobral (CE). Começou a apresentar sinais de alteração comportamental aos 17 anos, supostamente como consequência de castigos físicos ministrados por seu pai enquanto dormia, tendo desenvolvido doença mental em decorrência de alterações em seu cérebro.

Em 1995, foi internado pela primeira vez na Casa de Repouso Guararapes, ente privado contratado pela administração pública para prestar serviços públicos de saúde em nome e por conta do Estado, tendo sido medicado e liberado com feridas nos joelhos e tornozelos, as quais o paciente atribuiu à violência sofrida no estabelecimento.

Vigia, na referida Casa de Repouso, uma prática disseminada de violência extrema contra os pacientes ou entre estes, com anuência dos responsáveis técnicos, havendo relatos de ao menos duas mortes suspeitas anteriormente à internação do Sr. Ximenes Lopes, as quais não foram investigadas ou punidas.

Em 1999, então com 30 anos, foi novamente internado no local na condição de paciente do Sistema Único de Saúde (SUS). Consta dos relatos então colhidos que na data de sua nova admissão a vítima estava calma, em estado depressivo. Não obstante, nos dias em que esteve internado, consta que teve surtos de agressividade, necessitando ser contido por auxiliares de enfermagem, com ajuda de outros pacientes, sendo, então, submetido à contenção física.

³ KEENER, Steven R; VASQUEZ, Javier. A life Worth living: enforcement of the right to health through the right to life in the Inter-American Court of Human Rights. **Columbia Human Rights Law Review**, v. 40, n. 3, p.595-624, 2009.

No quarto dia após a internação, ao dirigir-se ao local da internação, a genitora o encontrou ensanguentado, com hematomas e inchaços por todo o corpo, especialmente a cabeça, com roupas rasgadas, sujo de excrementos, amarrado com as mãos para trás, com dificuldade para respirar e gritando pela ajuda da polícia. Ao solicitar auxílio médico, foi-lhe dito que deixasse o filho morrer. Resolveu voltar para sua residência para buscar ajuda, mas quando lá chegou recebeu a notícia de que o filho havia falecido, após ter sido medicado pelo diretor clínico do hospital, e sem qualquer assistência médica no momento do óbito.

A causa da morte foi declarada pelo médico do próprio hospital como parada cardiorrespiratória, a despeito das lesões evidentes no corpo da vítima. Após pedido da família, autópsia foi feita, porém por médico também ligado à instituição,⁴ tendo-se declarado que a morte teria ocorrido por “causa indeterminada”.

Na investigação que se seguiu – instaurada somente um mês após os fatos, com a insistência da família da vítima perante autoridades públicas e o envolvimento da imprensa – testemunhas afirmaram que as lesões eram decorrentes de “luta” corporal entre a vítima e enfermeiros da Casa de Repouso. Foi apresentada denúncia pelo Ministério Público, a qual, porém, não restou concluída até a data da submissão do caso à Corte IDH. Tampouco havia sido prolatada sentença na ação cível por danos morais movida pelos familiares da vítima até aquela data.

O caso foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em dezembro de 1999 pela irmã da vítima, em um contexto de ainda pouca difusão do mecanismo de petitionamento individual no país. Naquele ano, solicitou-se informações ao Estado brasileiro, porém sem que se obtivesse qualquer resposta.

Em outubro de 2002, considerando a falta de manifestação do Brasil, foi aprovado Relatório de Admissibilidade, sendo encaminhadas informações novamente ao Estado brasileiro que, finalmente, em março de 2003, apresentou contestação sobre o mérito do caso. Tentou-se, nos meses seguintes, a obtenção de solução amistosa, porém sem que se obtivesse resposta das autoridades brasileiras.

Em agosto de 2003, foi apresentado *amicus curiae* no caso pelas organizações não governamentais Centro de Justiça Global e o Fórum Cearense da Luta Antimanicomial no Brasil, aquela tendo sido admitida posteriormente como copeticionária no processo, utilizando sua expertise para garantir a regular tramitação do processo e atuar em prol da vítima e de sua família perante a Comissão.⁵

⁴ LIMA, Renata Mantovani de; ALVES, Lucélia de Sena. A efetividade do ativismo jurídico transnacional no sistema interamericano de direitos humanos: uma análise a partir de casos contra o Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 237-248, 2013.

⁵ BORGES, Nadine. **Damião Ximenes**: Primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 133.

Naquele mesmo mês, foi solicitada à Organização Pan-Americana da Saúde opinião técnica sobre os padrões médicos internacionais relacionados com o tratamento de pessoas com doenças mentais, a qual foi apresentada à Comissão no mês seguinte.

Em outubro de 2003, foi elaborado relatório de mérito (primeiro informe⁶) e encaminhado para análise e defesa do Brasil. O Estado apresentou informações sobre a implementação das recomendações formuladas pela CIDH em setembro de 2004, após sucessivas prorrogações de prazo, porém não foram consideradas satisfatórias, motivo pelo qual foi o caso apresentado à Corte IDH.

O caso foi apresentado à Corte IDH em 2004 pelas condições desumanas e degradantes da hospitalização da vítima, a violação de sua integridade física durante a interação e sua morte enquanto paciente, bem como pela falha do Estado brasileiro em investigar os fatos. Reputaram-se violados os artigos 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 8 (direito às garantias judiciais) e 25 (direito à proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como a obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos (art. 1.1).

3 Exceções preliminares

O caso foi apresentado à Corte IDH em outubro de 2004, sendo realizada audiência de instrução em 30 de novembro de 2005, data em que prolata a sentença que apreciou as exceções preliminares.

No procedimento perante a Corte IDH, o Estado brasileiro opôs apenas uma exceção, pautada na falta de esgotamento dos recursos internos, a qual foi rechaçada pela Corte pelo fato de não ter sido alegada ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, operando-se preclusão. Note-se que, de fato, o feito foi apresentado à Comissão Interamericana antes de esgotados os recursos internos, o que legitimaria a oposição da exceção, caso arguida oportunamente, o que não ocorreu no caso.

Vale lembrar, ainda, que o Brasil havia expressamente renunciado, anteriormente, a apresentar exceção preliminar contestando o excesso de prazo para apresentação da denúncia perante a Corte IDH pela Comissão (art. 51.1), pelo fato de o atraso ter sido motivado pela conduta do próprio Estado, que requereu, sucessivamente, extensão do prazo para comprovar a adoção das recomendações emitidas pela CIDH.

6 CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 422. CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 234-237.

4 Julgamento de mérito

A sentença de mérito foi prolatada em julho de 2006, após o Brasil ter aceitado parcialmente sua responsabilidade pela violação do direito à vida e à integridade pessoal da vítima (arts. 4º e 5º).

Reforçou-se o entendimento, já adotado no Caso Cantoral Benavides v. Peru, de que o direito à integridade pessoal tem como finalidade principal proibir a tortura e outros tratamentos cruéis ou degradantes, sem admitir qualquer exceção. O fato de a vítima ter doença mental constitui agravante a ser devidamente considerada.

A Corte IDH reconheceu, então, que devido à sua condição psíquica e emocional, as pessoas com deficiência mental são mais vulneráveis a tratamentos de saúde, principalmente quando internadas em instituições de tratamento psiquiátrico, dado o desequilíbrio evidente entre pacientes e o corpo técnico e o alto grau de intimidade que caracteriza os tratamentos de doenças psiquiátricas.

A esse respeito, consignou-se que os Estados têm os deveres positivos (*erga omnes*) de cuidar, regular e fiscalizar a prestação de assistência médica eficaz às pessoas com deficiência mental,⁷ o que compreende (I) a obrigação de assegurar o acesso a serviços básicos de saúde; (II) a promoção da saúde mental por meio de métodos o menos restritivos possível; e (III) a prevenção (atuação positiva do Estado).

Nesse sentido, a Corte considerou que pessoas que vivem em situações adversas e com menos recursos socioeconômicos – como situação de extrema pobreza, crianças e adolescentes em situações de risco e populações indígenas – são especialmente propensas a desenvolverem doenças mentais, devendo o Estado tomar medidas para prevenir isso.

A Corte determinou, outrossim, que todo tratamento dirigido a pessoas nessa especial situação de vulnerabilidade deve ter como finalidade principal o bem-estar do paciente e o respeito à sua dignidade, devendo ser respeitada sua intimidade e sua autonomia, na medida do possível – o tribunal reconhece que, excepcionalmente, o tratamento pode envolver a adoção de medidas sem o consentimento do paciente, porém, em regra, deve ser respeitado o seu consentimento informado. A incapacidade não pode ser reputada uma consequência natural da enfermidade mental, garantindo-se aos pacientes a possibilidade de expressar sua vontade sempre que possível (autodeterminação). Os tratamentos, assim, devem sempre se reger pelo melhor interesse do paciente e o respeito à sua autonomia.

Esse argumento marca a adoção do paradigma social de deficiência pela Corte IDH, em substituição ao modelo médico antes vigente na maior parte do continente, segun-

⁷ GOMEZ ASTURIAS, Vida Eugenia. Nuevos retos para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: protección de la libertad personal de las personas con discapacidad mental. *American University International Law Review*, v. 30, n. 2, p. 213-248, 2015.

do o qual as deficiências deveriam ser entendidas como meros problemas médicos que acometem individualmente cada um dos supostos enfermos, sem consideração acerca da vontade e autodeterminação do paciente.⁸

Segundo o novo paradigma adotado, as deficiências devem ser entendidas não como problemas pessoais das pessoas deficientes, mas sim como mazelas que acometem a própria sociedade, que impõe barreiras das mais diversas ordens (físicas, de locomoção, sociais, econômicas etc.) ao pleno desenvolvimento dessas pessoas em situação de vulnerabilidade.⁹ Assim, em vez de os deficientes terem de se adequar ao meio social, é a sociedade que deve se moldar para acomodar suas necessidades e interesses.

Nesse sentido, definiu a Corte Interamericana que qualquer medida de sujeição do paciente que interfira em sua capacidade de tomar decisões ou restrinja sua liberdade possui um alto risco para ele e é uma das medidas mais agressivas no tratamento psiquiátrico, devendo (I) ser usada apenas em ultima ratio; (II) aplicada apenas por pessoas qualificadas; e (III) unicamente com a finalidade de proteger o paciente, o corpo médico ou terceiros.¹⁰

O Estado, por sua vez, assume posição especial de garante em relação às pessoas que se encontrem sob seus cuidados,¹¹ principalmente àquelas que recebem tratamento médico e, especialmente, quando se tratar de pacientes com deficiência mental. Assim sendo, deve regular o trabalho e fiscalizar as instituições que prestam serviços de saúde, sejam elas públicas ou privadas, já que a delegação da execução dos serviços de saúde não elide a responsabilidade estatal pelos atos ocorridos sob sua supervisão e fiscalização. Isso porque não basta a existência de previsões normativas abstratas para que seja cumprida a obrigação de proteção pelo Estado; é preciso que o Estado atue para que haja o livre e eficaz exercício dos direitos humanos.

8 ACUÑA PEREDA, Erick. The institutionalization of people with mental disabilities: comparative analysis between its treatment under the Inter-American and European System of Human Rights. *Inter-American and European Human Rights Journal*, Inter-sentia, v. 5, p. 72-90, 2012. NAVARRETE, Iñaki. Démanteler les obstacles invalidants: handicap mental et réparations habilitantes à la Cour interaméricaine des droits de l'homme. *Revue québécoise de droit international*, Québec, n. 28.2, p. 113-142, 30 out. 2016. CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 268-270.

9 CARVALHO RAMOS, André de. Linguagem dos Direitos e a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 11-37. ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 104, n. 962, p. 65-80, dez. 2015.

10 MCSHERRY, Bernadette. Protecting the Integrity of the Person: Developing Limitations on Involuntary Treatment. *Law in Context*, Leichhardt NSW, v. 26, n. 2, p. 111-124, 2008.

11 GOMEZ ASTURIAS, Vida Eugenia. Nuevos retos para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: protección de la libertad personal de las personas con discapacidad mental. *American University International Law Review*, v. 30, n. 2, p. 213-248, 2015.

A Corte, assim, retoma jurisprudência anterior (Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai) no sentido de que o direito à vida exige políticas públicas para implementação de um mínimo existencial.¹²

Em seu voto em separado, o juiz García Ramírez bem ressalta que os Direitos Humanos, pensados para atuarem de forma universal e igualitária, devem ser completados e alinhados com direitos e garantias exercidos por grupos, setores ou indivíduos específicos, de acordo com suas características individuais, que os diferenciam do restante da sociedade. Assim, deve o Estado atuar positivamente para acolher essas especificidades e vulnerabilidades setoriais específicas, balanceado eventuais desigualdades, extirpando a fonte de discriminação e dando suporte adequado a essas pessoas, “do berço ao túmulo”. Adverte, contudo, que essa atuação do Estado como garante não enseja que se retire dos indivíduos a responsabilidade por seus atos e decisões, mas, antes, decorre dessa atuação o reforço da autonomia individual das pessoas com deficiência, uma vez que lhes são garantidos meios de apoio para melhor decidirem e para desenvolverem suas próprias capacidades.

Considerou a Corte IDH, ainda, que a Convenção Interamericana sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência serve como vetor interpretativo dos direitos elencados no Pacto de San José da Costa Rica, podendo-se submeter ao sistema interamericano de proteção de direitos humanos violações diretas à primeira, com fundamento no desrespeito de direito genérico previsto no segundo diploma.¹³ Note-se que o referido tratado, elaborado em 1999 (vigor internacional e ratificação pelo Brasil em 2001), foi o primeiro instrumento mundial a tratar especificamente dos direitos das pessoas com deficiências.¹⁴

Com base nos parâmetros acima expostos, e considerando igualmente que a obrigação de proteção e prevenção do Estado abrange também o dever de investigar eventuais violações dos direitos garantidos, entendeu a Corte IDH que o Estado brasileiro violou os arts. 4º e 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Outrossim, restou reconhecida a violação do direito à integridade psíquica e moral dos familiares da vítima, pelo sofrimento que suportaram.

¹² KEENER, Steven R; VASQUEZ, Javier. A life Worth living: enforcement of the right to health through the right to life in the Inter-American Court of Human Rights. **Columbia Human Rights Law Review**, v. 40, n. 3, p. 595-624, 2009.

¹³ CARVALHO RAMOS, André de. Análise crítica dos casos brasileiros Damião Ximenes Lopes e Gilson Nogueira de Carvalho na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 10-31, 2007. Com relação ao controle de convencionalidade como meio de promoção de direitos de pessoas com deficiência, ver também: SOUSA, Filipe Venade de. O controle de convencionalidade da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: uma visão portuguesa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 938, p. 183-210, dez. 2013.

¹⁴ ACUÑA PEREDA, Erick. The institutionalization of people with mental disabilities: comparative analysis between its treatment under the Inter-American and European System of Human Rights. **Inter-American and European Human Rights Journal**, Inter-sentia, v. 5, 2012, p. 72-90.

Com relação à violação das garantias judiciais e proteção judicial (arts. 8.1 e 25.1), consignou a Corte Interamericana não ser possível ao Estado invocar especificidades procedimentais de direito interno a fim de afastar sua responsabilidade internacional.

No caso, dada a natureza violenta da morte de Ximenes Lopes, em verdadeiro diálogo das fontes, entendeu a Corte que a investigação deveria ter seguido os parâmetros estabelecidos no Manual sobre Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias ou Sumárias, desenvolvido pelas Nações Unidas, o que não ocorreu.

Em primeiro lugar, a autópsia realizada não seguiu protocolos internacionais para investigações forenses. Em segundo lugar, houve negligência por parte das autoridades locais responsáveis pela investigação dos fatos, as quais só iniciaram as investigações mais de um mês após os fatos, o que impediu a preservação e coleta de provas, bem como a identificação de testemunhas oculares.

Ademais, quanto ao processo penal, considerou-se que não basta a existência ou previsão formal de um processo penal organizado para que se repute cumpridas as obrigações assumidas pelo Estado com a ratificação da CADH. É necessário que esse procedimento seja efetivo e célere.

A Corte IDH estabelece, então, com base em precedentes anteriores,¹⁵ três critérios para determinar se o processo é desenvolvido em prazo razoável: (I) complexidade do assunto; (II) atividade processual do interessado; e (III) conduta das autoridades judiciais.¹⁶

Nessa esteira, considerou-se que o Caso Ximenes Lopes não era complexo (havia uma única vítima, devidamente identificada, bem como estavam identificados os responsáveis pelos crimes cometidos), e que a demora na tramitação do processo devia-se unicamente à conduta das autoridades judiciais, o que viola a garantia judicial insculpida na Carta Americana de Direitos Humanos.

Vale ressaltar, nesse tocante, que o juiz Cançado Trindade, em seu voto concordante, ressaltou a indissociabilidade, na jurisprudência da Corte IDH (Caso *Massacre del Pueblo Bello vs. Colombia*), entre o acesso à justiça e as garantias do devido processo legal, no sentido de tomar como sendo de *ius cogens* todas as garantias elencadas nesses dois artigos, interpretados conjuntamente. Além disso, ressaltou o julgador a necessidade de capacitação dos juizes em matérias de direitos humanos.

A Corte considerou igualmente que a falta de resolução do caso na esfera penal também afetava o direito à verdade da família da vítima¹⁷ e também sua busca pela repara-

¹⁵ Caso *Geny Lacayo vs. Nicarágua* (1997) e Caso *Suárez Rosero vs. Equador* (1997).

¹⁶ Posteriormente, acrescenta-se um quarto critério a esse filtro, consistente no efeito gerado na situação jurídica da pessoa envolvida no processo (Caso *Sétimo Garibaldi v. Brasil*).

¹⁷ Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (2000).

ção cível, pois há previsão na legislação brasileira de sobrestamento ou vinculação do feito cível ao criminal.

5 Sanções e reparações

Diante das ponderações feitas, o Estado brasileiro foi condenado a:

- garantir, em tempo razoável, a conclusão do processo interno de responsabilização daqueles que contribuíram para a violação dos direitos do sr. Ximenes Lopes;
- publicar parte da sentença proferida pela Corte Interamericana em Diário Oficial ou outro de circulação nacional;
- continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o corpo médico, psicológico, de enfermagem, auxiliares de enfermagem e todos aqueles envolvidos na assistência à saúde mental, de acordo com os padrões internacionais de tratamento e os limites traçados na sentença de mérito da Corte; e
- pagar indenização por danos morais e materiais aos familiares da vítima.

Nas sentenças posteriores referentes ao cumprimento da sentença, a última sendo datada de 2010, constatou-se que o país cumpriu parcialmente as disposições da sentença.

Os pagamentos de indenizações e a obrigação de publicação da sentença foram integralmente cumpridos.¹⁸

Não obstante, restou consignado que em 2009, dez anos após os fatos, fora prolatada sentença condenatória em primeira instância, restando pendentes de análise recursos ante o Tribunal de Justiça do Ceará. A condenação, portanto, não era definitiva.

No âmbito cível, em 2010, o TJ-CE confirmou a condenação do proprietário da clínica, do diretor clínico e do diretor administrativo ao pagamento de indenização à mãe de Ximenes Lopes, sendo que uma das provas acostadas ao processo foi justamente o Informe da Comissão Interamericana responsabilizando o país pela morte e maus-tratos da vítima.¹⁹

¹⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. The Inter-American Human Rights Protection System: Structure, Functioning and Effectiveness in Brazilian Law. *African Human Rights Law Journal*, v. 11, n. 1, p. 194-215, 2011. VESCOCI, Thaiz da Silva. A cooperação jurídica internacional entre o Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: um estudo do Caso Damião Ximenes frente à dignidade da pessoa humana. In: CARVALHO RAMOS, André de; MENEZES, Wagner (org.). *Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 382-400.

¹⁹ ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Suprema de Justiça da Nação. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 93-113, dez. 2011. SANTOS, Juliana Corbacho Neves dos Santos. Limites e Possibilidades da Responsabilização do Indivíduo no Direito Internacional e no Direito Interno. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 19-69, jul./dez. 2011.

O processo cível acabou por transitar em julgado em 2010 e o processo criminal em 2011.²⁰ Note-se que houve, no caso, uma tentativa de atuação do Estado brasileiro para acelerar o julgamento desses processos, com atuação ativa da Advocacia-Geral da União em contato com os órgãos judiciais incumbidos do julgamento e, inclusive, sendo firmado Termo de Cooperação entre o Ministério da Justiça, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e o Conselho Nacional de Justiça para acompanhamento da tramitação dos casos perante a Justiça estadual.²¹

Quanto à obrigação de continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental conforme os padrões internacionais, informou o Estado que continuamente vem aprimorando as políticas internas de educação e capacitação de profissionais da área da saúde, desenvolvendo programas como a Política Nacional de Educação Permanente em Saúde (PNEPS) (Portaria MS/GM nº 1.996, de 20 de agosto de 2007). Outrossim, informou haver investido e estruturado programas de especialização e de reforma psiquiátrica. Também foram instituídos programas de incentivo à residência médica nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, em atenção à deficiência profissional nessas áreas.

A Corte considerou necessário continuar acompanhando as políticas implementadas para formação e capacitação de profissionais, porém não há outras manifestações do órgão posteriores a 2010.

A doutrina²² aponta que o cumprimento parcial da sentença se deve à divisão interna de competência constitucionais no país: enquanto a publicação da sentença e o pagamento de indenização são deveres que incumbem diretamente à União, o julgamento dos processos em aberto e a introdução de políticas públicas de formação e capacitação de profissionais da saúde e de reestruturação do sistema público de saúde dependem de uma coordenação entre vários entes federativos e instituições independentes, o que muitas vezes é feito por meio de acordos de cooperação que dependem da boa vontade política dos gestores para cumprimento, contribuindo para a demora. Notadamente no caso do julgamento de processos, tem-se que coordenar a atuação do Poder Judiciário, do Ministério Público e também da polícia, todos órgãos que contam com independência funcional.

Todas essas razões, embora expliquem a demora do Estado brasileiro em cumprir as reparações que lhe foram impostas, não a justificam. O Estado, perante o direito inter-

²⁰ LIMA, Renata Mantovani de; ALVES, Lucélia de Sena. A efetividade do ativismo jurídico transnacional no sistema interamericano de direitos humanos: uma análise a partir de casos contra o Brasil. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 237-248, 2013.

²¹ SANTOS, Juliana Corbacho Neves dos Santos. Limites e Possibilidades da Responsabilização do Indivíduo no Direito Internacional e no Direito Interno. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 19-69, jul./dez. 2011.

²² COIMBRA, Elisa Mara. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Desafios à implementação das decisões da Corte no Brasil. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 10, n. 19, p. 59-75, dez. 2013.

nacional, responde como ente unitário, não se podendo alegar óbices de direito interno para justificar o não cumprimento de sentença internacional.²³

A adoção de medidas executivas, legislativas e judiciais para dar cumprimento às decisões da Corte IDH, portanto, impõe-se para a proteção dos Direitos Humanos, a que o país se obrigou ao aderir à Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e também à Convenção Americana de Direitos Humanos.²⁴

6 Influência no ordenamento brasileiro

O Caso Ximenes Lopes bem exemplifica a abrangência da obrigação imposta aos Estados pelos arts. 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Esses dispositivos impõem aos Estados tanto um dever de respeito (comportamento negativo), no sentido de não permitirem que agentes estatais ou privados violem direitos humanos, como um dever de garantia (positivo), para que adotem todas as medidas necessárias visando garantir o gozo dos direitos protegidos e impedir sua violação.²⁵

Nesse sentido, as medidas a serem adotadas não se restringem àquelas de caráter legislativo, mas impõe-se também a adoção de políticas públicas e ações sistemáticas que tornem efetivos os direitos e liberdades garantidos pelo sistema interamericano de direitos humanos.

Mesmo antes da prolação da sentença de mérito pela Corte IDH já houve avanços em âmbito local, com o descredenciamento da Casa de repouso onde ocorreram os fatos e seu posterior fechamento, bem como com uma reforma do atendimento de pacientes com doença mental na cidade de Sobral, com o início de um movimento antimanicomial.

²³ CARVALHO RAMOS, André de. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e os tratados de direitos humanos: O "Diálogo das Cortes" e a Teoria do Duplo Controle. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin (org.). **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos Direitos Humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 1-40. SOARES, Guido F. S. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002, v. 1, p. 203. CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 381-382.

²⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (org.). **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 7-62.

²⁵ CARVALHO RAMOS, André de. Análise crítica dos casos brasileiros Damião Ximenes Lopes e Gilson Nogueira de Carvalho na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 10-31, 2007.

A condenação do país contribuiu positivamente para a reforma da Política Nacional de Saúde Mental e da atuação institucional com relação à questão da saúde mental como um todo, que desde a década de 1980 vinha sofrendo pequenas alterações.²⁶

No Caso Ximenes Lopes, a Corte IDH considerou que, inobstante as previsões legais e constitucionais do ordenamento brasileiro garantirem o direito à saúde, na prática, tal direito restou violado, determinando-se a adequação das políticas públicas nacionais, principalmente a respeito do tratamento de pessoas com deficiência mental no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

A repercussão do caso contribuiu para a superação do modelo manicomial e a estruturação de uma rede de atendimento organizada e humanizada para tratamento das pessoas com distúrbios mentais no país,²⁷ atenta à sua vulnerabilidade e necessidades especiais. Esse movimento culminou na aprovação, incentivada pela notoriedade do caso, da Lei nº 10.216/2001, voltada à proteção e promoção dos direitos das pessoas, de acordo com os padrões internacionais e calcada em medidas antimanicomiais (como os hospitais-dia e os Centros de Convivência e Cultura, por exemplo).²⁸

Referida lei também prevê expressamente ser de responsabilidade do Estado a fiscalização dos serviços prestados por terceiros conveniados e, de forma pioneira, desenha uma estrutura institucional para atendimento e assistência dos pacientes, centrada na figura dos Centros de Atendimento Psicossocial (CAPS), centros de atendimento especializados (há várias categorias de CAPS de acordo com o tamanho do município, a faixa etária atendida e as doenças tratadas²⁹) e espalhados de forma territorial, a fim de ampliar o atendimento psicossocial pelo país.³⁰

Ademais, os cuidados com a saúde mental foram incluídos nos programas de Atenção Básica da Saúde e de Saúde da Família, a fim de facilitar o diagnóstico e tratamento

²⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a pessoa portadora de deficiência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 791, p. 107-117, set. 2001. NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TEIXEIRA, Carla Noura. A evolução histórica da proteção das pessoas com deficiência nas constituições brasileiras: os instrumentos normativos atuais para a sua efetivação. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 17, n. 68, p. 225-40, ago. 2016. GALLAGHER, Meghan. No Means No, or Does It? A Comparative Study of the Right to Refuse Treatment in a Psychiatric Institution. *International Journal of Legal Information*, Cambridge, v. 44, n. 2, p. 137-172, jul. 2016.

A Lei nº 7.853, de 1989, por exemplo, trata do apoio às pessoas com deficiência e a Lei nº 10.098/2000 trata da acessibilidade em geral, demonstrando as repercussões legislativas do movimento de conscientização a respeito da inclusão de pessoas com deficiência, embora ainda não voltadas especificamente às pessoas com deficiências mentais.

²⁷ MACEDO, Odesildo Olimpio de. **O direito internacional na conformação das políticas públicas do Estado: o exemplo do caso Ximenes Lopes versus Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

²⁸ CORREIA, Ludmila Cerqueira. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: o Brasil e o caso Damião Ximenes. *Prima facie*, João Pessoa, v. 4, n. 7, p. 79-94, jul./dez. 2005. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4560/3431>. Acesso em: 18 jun. 2018.

²⁹ Disponível em: <http://portalsms.saude.gov.br/saude-para-voce/saude-mental/acoes-e-programas-saude-mental/centro-de-atencao-psicossocial-caps>. Acesso em: 21 maio 2018.

³⁰ GALLAGHER, Meghan. No Means No, or Does It? A Comparative Study of the Right to Refuse Treatment in a Psychiatric Institution. *International Journal of Legal Information*, Cambridge, v. 44, n. 2, p. 137-172, jul. 2016.

dessas doenças (Portaria MS nº154/2003), bem como a reinserção social dos pacientes, principalmente em municípios não dotados de CAPS.

Ainda em 2003, foi aprovada a Lei nº 10.708, que instituiu o Programa De Volta Para Casa (PVC), que garante o pagamento de auxílio-reabilitação psicossocial para a atenção e o acompanhamento de pessoas com doença mental, egressas de internação por período de dois ou mais anos em hospitais psiquiátricos.³¹ Atualmente, 4 mil pessoas recebem o benefício no país.³²

Todas essas medidas atendem também a uma demanda de descentralização do atendimento, de forma a aproximar o paciente de sua comunidade e facilitar a reinserção social.

Ademais, foi criado, em 2006 (Portaria Interministerial nº 3.347/2006), o Núcleo Brasileiro de Saúde Mental e Direitos Humanos, voltado ao acompanhamento de denúncias relativas a unidades de tratamento de saúde mental, capacitação de gestores e a produção de conhecimento. Seu comitê executivo é integrado pelo Ministério da Saúde, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Universidade Federal Fluminense (UFF), Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV/USP). Não obstante, são escassas as informações sobre o seu funcionamento.

Em 2012, foram instituídas, por meio da Portaria MS nº 121/2012, as Unidades de Acolhimento (UA),³³ integrantes da Rede de Atenção Psicossocial e as quais acolhem temporariamente (por até 6 meses), de acordo com as determinações da equipe do CAPS correspondente, pessoas em especial situação de vulnerabilidade, principalmente em razão da dependência de álcool e drogas. Trata-se, portanto, de mais uma instituição da rede de atendimento que se vem estruturando.

Nesse mesmo ano, é aprovada a Portaria MS nº 132/2012, que visa contribuir para o desenvolvimento do componente Reabilitação Psicossocial da Rede de Atenção Psicossocial do Sistema Único de Saúde (SUS), elemento este que tem como base a promoção do protagonismo do paciente na sua vida cotidiana e sua interação com a família e a comunidade.

Outrossim, a alteração dos arts. 3º e 4º do Código Civil por ocasião da aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) demonstra que o país caminha em direção ao resguardo e reconhecimento da dignidade e autodeterminação das pes-

³¹ Disponível em: <http://portalsms.saude.gov.br/acoes-e-programas/programa-de-volta-para-casa/sobre-o-programa>. Acesso em: 21 maio 2018.

³² Disponível em: <http://portalsms.saude.gov.br/acoes-e-programas/programa-de-volta-para-casa/sobre-o-programa>. Acesso em: 21 maio 2018.

³³ Disponível em: <http://portalsms.saude.gov.br/saude-para-voce/saude-mental/acoes-e-programas-saude-mental/unidades-de-acolhimento-ua>. Acesso em: 21 maio 2018.

soas com deficiência, criando legislação mais adequada à proteção dessas pessoas em especial situação de vulnerabilidade, a fim de garantir que possam livre e conscientemente exercer os atos da vida civil.³⁴

Também no sentido da desinstitucionalização e de incentivo ao modelo assistencial (em oposição ao modelo ambulatorial), posicionou-se a Resolução nº 32, de 14 de dezembro de 2017, da Comissão Intergestores Tripartite do Ministério da Saúde, a qual instituiu, entre outras medidas, a vedação à ampliação da capacidade já instalada de leitos psiquiátricos em hospitais especializados (art. 5º) e a criação de nova modalidade de CAPS (CAPS AD IV), para atendimento de urgência 24h em cenas de uso de droga (cracolândias), de forma multissetorial (art. 7º).

No âmbito da sociedade civil, há, atualmente, diversas associações voltadas ao estudo e à implementação de atividades ligadas à saúde mental no Brasil³⁵ e também em âmbito regional, tendo ocorrido em 2017 o 1º Encontro Latino-Americano de Direitos Humanos e Saúde Mental.³⁶

Como visto, embora tenham sido inúmeros os avanços na promoção e garantia de direitos às pessoas com doenças mentais, bem como na estruturação de uma rede de atendimento, ainda são escassas as ações específicas que visem à formação e capacitação de profissionais, principalmente em hospitais psiquiátricos, providência expressamente determinada na sentença da Corte IDH. Ademais, não há um sistema nacional eficaz e atuante de vigilância de violações de direitos humanos ocorridas em hospitais psiquiátricos.³⁷

É preciso ressaltar, outrossim, a influência do Caso Damião Ximenes também no fomento a discussões legislativas acerca do impacto e da recepção de decisões internacionais no ordenamento brasileiro.³⁸ A notoriedade do caso ensejou a apresentação

34 ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 104, n. 962, p. 65-80, dez. 2015. NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; ARAUJO, Luiz Alberto David. O estatuto da pessoa com deficiência e a tutela do consumidor: novos direitos? **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 25 n. 105, p. 103-21, maio/jun. 2016.

35 Cita-se, como exemplos, a Associação Brasileira de Saúde Mental (<http://www.abrasme.org.br/>) e o Observatório de Políticas de Atenção à Saúde Mental no Distrito Federal/Obsam (http://nesp.unb.br/obsam/?page_id=2).

36 Disponível em: http://www.direitoshumanos2017.abrasme.org.br/conteudo/view?ID_CONTEUDO=401. Acesso em: 28 maio 2018.

37 ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Suprema de Justiça da Nação. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 93-113, dez. 2011.

38 VESCOCI, Thaiz da Silva. A cooperação jurídica internacional entre o Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: um estudo do Caso Damião Ximenes frente à dignidade da pessoa humana. In: CARVALHO RAMOS, André de; MENEZES, Wagner (org.). **Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 382-400.

de projetos legislativos referentes ao tema, atualmente arquivados,³⁹ demonstrando o pioneirismo da discussão e seus impactos no Brasil.

7 Outros casos do Sistema Regional Interamericano

No Caso Furlan y familia v. Argentina (2012), a Corte IDH reconheceu a responsabilidade do Estado argentino pela demora no julgamento de caso cível de perdas e danos proposto em face do Estado, do qual dependia o tratamento médico de pessoa com deficiência.

Nesse caso, a Corte considerou que os instrumentos internacionais adotam um modelo social de definição da incapacidade, segundo o qual esta não se define exclusivamente pela presença de uma deficiência física, mental, intelectual ou sensorial, mas que também se deve levar em consideração as barreiras ou limitações sociais existentes para que estas pessoas possam exercer seus direitos de maneira efetiva.

O Caso Ximenes Lopes foi invocado na sentença para demonstrar as barreiras socioeconômicas a serem enfrentadas por pessoas com deficiência, bem como para exemplificar o vínculo entre a pobreza e o desenvolvimento de doenças mentais. Ademais, o precedente brasileiro é invocado para reforçar os argumentos de que (I) os Estados devem adotar medidas de proteção das pessoas em especial situação de vulnerabilidade e também a sua integração na sociedade; e (II) o tratamento de pessoas com deficiência deve ser dirigido ao melhor interesse do paciente, objetivando preservar sua dignidade e autonomia, reduzir o impacto da doença e melhorar sua qualidade de vida.

Já a Comissão Interamericana de Direitos Humanos havia analisado anteriormente ao Caso Ximenes Lopes, o Caso Víctor Rosario Congo v. Equador (1999), sob o viés do tratamento carcerário dado a pessoa com deficiência mental, submetida a tortura e tratamento desumano e degradante em centro prisional por conta de sua situação de vulnerabilidade, vindo posteriormente a falecer por falta de tratamento médico adequado.

No seu Informe de 1998, a Comissão reconheceu que o Estado equatoriano violou os direitos à vida, integridade pessoal e proteção judicial da vítima, entre outros. Em novo Informe de 1999, a Comissão foi informada de acordo firmado entre o Estado e representantes da vítima, encerrando o caso.

Em 2001, a Comissão publicou o informe referente ao Caso Rafael Ferrer-Mazorra e outros vs. Estados Unidos da América, no qual considerou violadas as previsões da Declaração Americana de Direitos Humanos pela determinação de prisão, sem possibi-

³⁹ Menciona-se, a título exemplificativo, os Projetos de Lei nº 3.214/2000 e nº 4.667/2004, ambos com origem na Câmara dos Deputados e atualmente arquivados. CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 389-391.

lidade de saída ou revisão, de cubanos que migraram ilegalmente para aquele país na década de 1980 e que não poderiam ser beneficiados pelas leis de concessão de visto ou residência humanitários, por terem antecedentes criminais ou sofrerem de deficiências mentais. Assim, ao negar-se peremptoriamente a liberdade a estes indivíduos, com base somente em critérios abstratos e ambíguos, como seu estado de saúde mental, entendeu a Comissão que os EUA teriam violado direitos humanos.

Outrossim, em 2008 a Comissão aprovou o Guia de Princípios e Boas Práticas para Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas,⁴⁰ o qual prevê expressamente aplicar-se às pessoas privadas de sua liberdade (institucionalizadas) em decorrência de deficiências. Em seu Princípio III.3, estabelece-se que os sistemas de saúde dos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos devem adotar políticas de desinstitucionalização gradual e desenvolvimento de tratamentos psiquiátricos alternativos e que favoreçam a integração social dos pacientes. A internação em hospitais psiquiátricos ou outras instituições semelhantes deve ser utilizada como ultima ratio e apenas na hipótese de imediato ou iminente risco à pessoa ou a outros. A mera existência da deficiência não pode justificar a detenção.

8 Diálogo com o Sistema Europeu de Proteção de Direitos Humanos

A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos referente à saúde mental, em sua grande parte, é voltada à questão da saúde mental no cárcere, havendo diversos precedentes que analisam a compatibilidade e a eficácia do tratamento psicológico e psiquiátrico oferecido às pessoas encarceradas.⁴¹ Nesses precedentes, a Corte estabeleceu que os presos com deficiências mentais são pessoas em especial situação de vulnerabilidade, os quais devem receber especial atenção do Estado quanto à adequação da prisão a sua situação particular e seu direito à transferência para estabelecimentos de tratamento especial para doenças mentais (alas psiquiátricas, por exemplo), quando adequado. Esse tratamento oferecido durante o período de reclusão deve ser efetivo.

Não obstante, há alguns precedentes que tratam também da forma como deve ser oferecido o tratamento de saúde mental para a população em geral.⁴²

⁴⁰ Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/English/Basic21.a.Principles%20and%20Best%20Practices%20PDL.htm>. Acesso em: 21 maio 2018.

⁴¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Factsheet – Detention and mental health. Dez. 2017. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Detention_mental_health_ENG.pdf. Acesso em: 7 maio 2018. LIMA, José Antonio Farah Lopes de. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Leme: J. H. Mizuno, 2007, p. 126.

⁴² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Thematic Report: Health-related issues in the case-law of the European Court of Human Rights. jun./2015. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_health.pdf. Acesso em: 21 maio 2018.

Em *Stanev v. Bulgária* e *Lazariu v. Romênia*, por exemplo, a CEDH estabeleceu algumas condições para considerar legítimo o tratamento por meio de internação de pessoa com distúrbio mental, quais sejam: (I) haver prova médica confiável do transtorno mental produzida perante uma autoridade competente; (II) o tipo e gravidade do transtorno indicarem o confinamento compulsório como via de tratamento adequada (o que foi confirmado em *D.D. v. Lituânia*); e (III) revisão periódica da validade da ordem de confinamento (reforçado no *Caso X. v. Finlândia*).

Nesse caso também se consignou o direito da pessoa deficiente considerada parcialmente incapaz de apelar dessa decisão, o que não ocorreu no caso concreto, ensejando a responsabilização da Bulgária.

Em linhas gerais, ambos os sistemas de proteção de direitos humanos consideram pessoas com deficiência um grupo especial e historicamente vulnerável, o qual deve ter respeitada sua dignidade e direito de autodeterminação na medida do possível, já que ambos os sistemas admitem a possibilidade de submissão involuntária de pessoas a tratamentos psiquiátricos. Ademais, como visto, também o sistema de proteção europeu de direitos humanos formula diretivas para o tratamento de doenças mentais,⁴³ adotando o modelo social e antimanicomial, havendo convergência entre os dois sistemas, ainda que as hipóteses fáticas analisadas não se assemelhem ao *Caso Ximenes Lopes*.

Não obstante, deve-se ressaltar, por um lado, que a Corte IDH não analisou, no *Caso Ximenes Lopes*, a legalidade de sua internação involuntária, mas apenas as violações de direitos ocorridas durante esse tempo, ao contrário do precedente europeu acima sinalizado. De outro lado, deve-se ter em conta as diferenças marcantes no sistema de reparação europeu e americano, aquele muito mais aberto às reparações econômicas do que in natura, como visto no *Caso Ximenes Lopes*, em que se determinou ao Estado brasileiro, por exemplo, a atualização da política de formação de pessoal ligado ao tratamento de doenças mentais.⁴⁴

9 Conclusão

Com o renovado interesse da comunidade internacional nas questões afetas à saúde mental da população, é esperado um aumento no número de casos em tribunais internacionais de direitos humanos que tratem do assunto.

⁴³ MCSHERRY, Bernadette. Protecting the Integrity of the Person: Developing Limitations on Involuntary Treatment. *Law in Context*, Leichhardt NSW, v. 26, n. 2, p. 111-124, 2008.

⁴⁴ NAVARRETE, Iñaki. Démanteler les obstacles invalidants: handicap mental et réparations habilitantes à la Cour interaméricaine des droits de l'homme. *Revue québécoise de droit international*, Québec, n. 28.2, p. 113-142, 30 out. 2016.

Por esse motivo, é importante que a doutrina se debruce sobre a análise da jurisprudência consolidada até o momento, de forma a, em primeiro lugar, entender e contribuir para a consolidação desse primeiro ciclo de renovação, ainda incompleto.

Como visto, nesta que se pode chamar de primeira etapa da jurisprudência internacional sobre saúde mental, chegaram às Cortes casos envolvendo, em sua grande maioria, o respeito à integridade pessoal das pessoas deficientes mentais em situações de internação para tratamento médico e encarceramento desses indivíduos.

Esse primeiro movimento, exemplificado no âmbito regional interamericano pelo Caso Ximenes Lopes v. Brasil, contribuiu decisivamente para a adoção de um modelo social de definição de deficiências e de políticas de tratamento antimanicômias como regra, questões não consolidadas na realidade fática de muitos países e ainda vacilante no próprio Brasil, como se extrai da análise da Nota Técnica nº 11/2019 – CGMAD/DAPES/SAS/MS. Referida nota, procurando reorientar as diretrizes da Política Nacional de Saúde Mental, acabou por trazer à baila evidentes retrocessos nas medidas assistenciais e antimanicômias até então vigentes, por meio, entre outros, da defesa da utilização de eletrochoques como medida terapêutica, a internação de crianças em hospitais psiquiátricos e a abstinência como tratamento padrão para pessoas dependentes de álcool e outras drogas – tudo em dissonância com a Reforma Psiquiátrica implementada no Brasil com o impulso do Caso Damião Ximenes Lopes.

Assim, o estudo dos casos anteriores serve de reforço à necessidade de implementação dessas novas concepções nos casos concretos, num exemplo real de diálogo das Cortes e de fertilização cruzada entre tribunais nacionais e internacionais.

Em segundo lugar, a análise do diálogo entre tribunais mostra-se especialmente importante no contexto interamericano, em que ainda são escassos os casos envolvendo questões de saúde mental, havendo que se considerar os aprendizados que podem ser retirados da jurisprudência europeia para aproveitamento no debate em âmbito regional americano.⁴⁵

Por fim, a análise comparada dessa primeira leva de casos envolvendo saúde mental é importante para servir de base à análise futura de novas situações levadas aos foros internacionais envolvendo a questão. Trata-se do plano de fundo sobre o qual se desenvolverão novas discussões que indubitavelmente começarão a aportar nos tribunais

⁴⁵ Cançado Trindade já ressaltou a importância da cooperação e manutenção de diálogo entre ambas as Cortes internacionais de direitos humanos: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours Européenne et Interaméricaine des Droits de l'Homme*. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 353-362.

internacionais de proteção de direitos humanos, como a saúde mental no trabalho⁴⁶ e em emergências humanitárias.⁴⁷

Dessa forma, procurou-se, no presente artigo, contribuir para a elucidação do estado da arte atual da jurisprudência internacional no tocante à temática da saúde mental, a fim de contribuir para a sua consolidação e evolução.

Referências

ACUÑA PEREDA, Erick. The institutionalization of people with mental disabilities: comparative analysis between its treatment under the Inter-American and European System of Human Rights. **Inter-American and European Human Rights Journal**, Intersentia, v. 5, p. 72-90, 2012.

ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 104, n. 962, p. 65-80, dez. 2015.

BORGES, Nadine. **Damião Ximenes**: Primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (org.). **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 7-62.

_____. Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours Européenne et Interaméricaine des Droits de l'Homme. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 353-362.

CARVALHO RAMOS, André de. Análise crítica dos casos brasileiros Damião Ximenes Lopes e Gilson Nogueira de Carvalho na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p.10-31, 2007.

_____. Linguagem dos Direitos e a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). **Direitos humanos e direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 11-37.

_____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e os tratados de direitos humanos: O "Diálogo das Cortes" e a Teoria do Duplo Controle. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin (org.). **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais**: a proteção dos Direitos Humanos em um cenário de constitucionalismo multinível. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 1-40.

_____. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

COIMBRA, Elisa Mara. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Desafios à implementação das decisões da Corte no Brasil. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 10, n. 19, p.59-75, dez. 2013.

CORREIA, Ludmila Cerqueira. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: o Brasil e o caso Damião Ximenes. **Prima facie**, João Pessoa, v. 4, n. 7, p. 79-94, jul./dez. 2005. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4560/3431>. Acesso em: 18 jun.2018.

⁴⁶ Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-empresas-devem-promover-saude-mental-de-funcionarios-no-ambiente-trabalho/>. Acesso em: 21 maio 2018.

⁴⁷ Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/2015/05/08/acnur-e-oms-lancam-publicacao-sobre-saude-mental-em-emergencias-humanitarias/>. Acesso em: 21 maio 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Thematic Report**: Health-related issues in the case-law of the European Court of Human Rights. jun. 2015. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_health.pdf. Acesso em: 21 maio 2018.

GALLAGHER, Meghan. No Means No, or Does It? A Comparative Study of the Right to Refuse Treatment in a Psychiatric Institution. **International Journal of Legal Information**, Cambridge, v. 44, n. 2, p. 137-172, jul. 2016.

GOMEZ ASTURIAS, Vida Eugenia. Nuevos retos para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: protección de la libertad personal de las personas con discapacidad mental. **American University International Law Review**, v. 30, n. 2, p. 213-248, 2015.

KEENER, Steven R; VASQUEZ, Javier. A life Worth living: enforcement of the right to health through the right to life in the Inter-American Court of Human Rights. **Columbia Human Rights Law Review**, v. 40, n. 3, p. 595-624, 2009.

LIMA, José Antonio Farah Lopes de. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Leme: J. H. Mizuno, 2007.

LIMA, Renata Mantovani de; ALVES, Lucélia de Sena. A efetividade do ativismo jurídico transnacional no sistema interamericano de direitos humanos: uma análise a partir de casos contra o Brasil. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 237-248, 2013.

MACEDO, Odesildo Olímpio de. **O direito internacional na conformação das políticas públicas do Estado: o exemplo do caso Ximenes Lopes versus Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a pessoa portadora de deficiência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 791, p. 107-117, set. 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. The Inter-American Human Rights Protection System: Structure, Functioning and Effectiveness in Brazilian Law. **African Human Rights Law Journal**, v. 11, n. 1, p. 194-215, 2011.

MCSHERRY, Bernadette. Protecting the Integrity of the Person: Developing Limitations on Involuntary Treatment. **Law in Context**, Leichhardt NSW, v. 26, n. 2, p. 111-124, 2008.

NAVARRETE, Iñaki. Démanteler les obstacles invalidants: handicap mental et réparations habilitantes à la Cour interaméricaine des droits de l'homme. **Revue québécoise de droit international**, Québec, n. 28.2, p. 113-142, 30 octobre 2016.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TEIXEIRA, Carla Noura. A evolução histórica da proteção das pessoas com deficiência nas constituições brasileiras: os instrumentos normativos atuais para a sua efetivação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 17, n. 68, p. 225-40, ago. 2016.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; ARAUJO, Luiz Alberto David. O estatuto da pessoa com deficiência e a tutela do consumidor: novos direitos? **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 25, n. 105, p. 103-21, maio/jun. 2016.

ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Suprema de Justiça da Nação. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 93-113, dez. 2011.

SANTOS, Juliana Corbacho Neves dos Santos. Limites e Possibilidades da Responsabilização do Indivíduo no Direito Internacional e no Direito Interno. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 19-69, jul./dez., 2011.

SOARES, Guido F. S. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002, v. 1, p. 203.

SOUSA, Filipe Venade de. O controle de convencionalidade da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: uma visão portuguesa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 938, p.183-210, dez. 2013.

VESCOCI, Thaiz da Silva. A cooperação jurídica internacional entre o Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: um estudo do Caso Damião Ximenes frente à dignidade da pessoa humana. In: CARVALHO RAMOS, André de; MENEZES, Wagner (org.). **Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 382-400.

12 DECLARAÇÃO UNIVERSAL
DOS DIREITOS HUMANOS E
EDUCAÇÃO: COMPROMISSOS
DO ESTADO BRASILEIRO
DEMOCRÁTICO POR MEIO DE
PLANOS E DIRETRIZES

Ana Maria Klein¹
Flaviana de Freitas²

Resumo: Para que os Direitos Humanos sejam promovidos, vividos e valorados no cotidiano social, é necessária formação dos cidadãos para serem sujeitos desses direitos. A Educação em Direitos Humanos é uma das principais formas para que possamos ter uma concepção mais humanizada das pessoas, com olhar voltado à democracia, ao respeito, à solidariedade e ao pluralismo. A Declaração Universal dos Direitos Humanos traz, em seu preâmbulo, a necessidade de que os direitos sejam promovidos por meio do ensino e da educação. Ainda traz um artigo especialmente dedicado ao tema. Hoje, 70 anos depois da promulgação da Declaração Universal, educar em Direitos Humanos ainda é um desafio. Após a Década das Nações Unidas para a Educação em Matéria de Direitos Humanos, entre 1995 e 2004, o Brasil passou a adotar algumas medidas para promover a Educação em Direitos Humanos. Para tanto, foram elaborados alguns documentos primordiais para nortear o assunto no Estado Democrático brasileiro. Entre eles, estão o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) (BRASIL, 2006), o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) (BRASIL, 2010) e as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos (BRASIL, 2012).

Palavras-chave: Declaração Universal dos Direitos Humanos. Educação em Direitos Humanos. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Programa Nacional de Direitos Humanos. Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos.

Abstract: *To promote, live and value the Human Rights in the daily social, it is necessary for citizens to be trained to be subject of these rights. Education in Human Rights is one of the main ways we can have for a more humanized conception of people, with the focus on democracy, respect, solidarity and pluralism. The Universal Declaration of Human Rights contains, in its preamble, the necessity that the rights may be promoted through the education. It still brings an article especially dedicated to the theme. Today, 70 years after the promulgation of the Universal Declaration, Human Rights Education is still a challenge. After the United Nations Decade for Human Rights Education, between 1995 and 2004, Brazil began to adopt some measures to promote Human Rights Education. For that, some primordial documents were prepared to guide the subject in the*

1 Ana Maria Klein é doutora e mestre em Educação pela Universidade de São Paulo (USP), graduada em Pedagogia e em Ciências Sociais, professora da Universidade Estadual Paulista (Unesp) de São José do Rio Preto.

2 Flaviana de Freitas Oliveira é mestranda em Ensino e Processos Formativos pela Universidade Estadual Paulista (Unesp), bacharel em Direito e em Comunicação Social – Jornalismo, advogada inscrita na OAB/SP e subcoordenadora da Comissão de Direitos Humanos da OAB de São José do Rio Preto.

Brazilian democratic State. These include the National Plan for Human Rights Education – PNEDH (BRAZIL, 2006), the National Human Rights Program – PNDH-3 (BRAZIL, 2010) and the National Guidelines for Human Rights Education (BRAZIL, 2012).

Keywords: *Universal Declaration of Human Rights. Human Rights Education. National Plan for Human Rights Education. National Human Rights Program. National Guidelines for Human Rights Education.*

I Introdução

Direitos Humanos e educação são interdependentes e se articulam de duas maneiras: educação é um direito humano que possibilita ao ser humano o desenvolvimento de suas potencialidades; ao mesmo tempo, os Direitos Humanos dependem da educação para que sejam conhecidos, valorizados e promovidos socialmente.

Para que ocorra o devido conhecimento dos direitos, são necessários processos educativos de diferentes naturezas, sejam eles formais e difundidos pelas instituições de educação (escolas e universidades), sejam eles não formais e informais (como os veiculados pela mídia ou construídos por movimentos sociais).

A associação entre educação e Direitos Humanos vem desde a formulação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), que destaca o papel educacional na promoção desses direitos. No Brasil, a educação é uma via para prevenir o quadro de violações de direitos, formando pessoas sensíveis aos valores éticos que pautam os Direitos Humanos.

O Estado brasileiro tem o compromisso internacional de garantir a Educação em Direitos Humanos, papel que tem sido desempenhado por meio da construção de planos e diretrizes que versam sobre o tema, como o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) (BRASIL, 2006), o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) (BRASIL, 2010) e as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos (BRASIL, 2012).

Quando pensamos em Educação em Direitos Humanos (EDH), iniciamos, necessariamente, uma discussão sobre a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e democrática. Nas palavras de Dias (2007, p. 441), esse processo “propugna e eleva a educação à condição de único processo capaz de tornar humano os seres humanos”.

Dessa forma, analisarmos como se deu o processo de incorporação da EDH na pauta de Direitos Humanos é importante para que possamos entender, principalmente, a dimensão ética e valorativa desses direitos. Os Direitos Humanos não têm real aplicação quando vistos apenas como normas. Devem ser entendidos e valorados no dia a dia do

cidadão, fazendo parte do processo democrático e da construção da cidadania. Nesse sentido está a real importância da EDH: colocar os Direitos Humanos na vivência de cada indivíduo, preparando-o para ser sujeito de direitos. No Brasil, os planos e diretrizes são fundamentais para garantir a consolidação da EDH como processo de formação ética.

2 A educação na Declaração Universal dos Direitos Humanos

Quando pensamos em Direitos Humanos, o fundamento central é a dignidade da pessoa humana, que afirma os direitos de igualdade, liberdade e fraternidade de cada cidadão. Bobbio (1992) diz que os Direitos Humanos são históricos, nascidos de lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes. O filósofo ainda sustenta que a expressão Direitos Humanos “é muito vaga e indefinível, pois se trata de uma categoria heterogênea e variável conforme as épocas históricas”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um marco no conceito moderno de Direitos Humanos e demonstra o posicionamento da comunidade internacional perante as diversas situações de intolerância ocorridas na Segunda Guerra Mundial. O documento foi promulgado com o objetivo de impedir que as atrocidades cometidas na guerra fossem repetidas. Tosi (2004) assim sintetiza o posicionamento da comunidade internacional ante o contexto pós-guerra:

Quando, após a experiência terrível dos horrores das duas guerras mundiais, dos regimes liberticidas e totalitários, das tentativas “científicas” e em escala industrial de extermínios dos judeus e dos “povos inferiores”, época que culminará com o lançamento da bomba atômica sobre Hiroshima e Nagasaki – os líderes políticos das grandes potências vencedoras criaram, em 26 de junho de 1945, em São Francisco, a ONU (Organização das Nações Unidas) e confiaram-lhe a tarefa de evitar uma terceira guerra mundial e de promover a paz entre as nações, consideraram que a promoção dos “direitos naturais” do homem fosse a condição sine qua non para uma paz duradoura. Por isto, um dos primeiros atos da Assembleia Geral das Nações Unidas foi a proclamação, em 10 de dezembro de 1948, de uma Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo primeiro artigo reza da seguinte forma: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotadas de razão e de consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. (TOSI, 2004, p. 14)

A DUDH foi produto do processo legislativo da Organização das Nações Unidas (ONU) e envolveu diversos organismos (DEVINE; HANSEN; WILDE, 2007), tornando-se uma reunião de instrumentos e normas consuetudinárias preocupados com a garantia da paz mundial. A formulação do documento inaugura o reconhecimento internacional de direitos que dizem respeito a todos os seres humanos.

A associação entre educação e Direitos Humanos vem desde a formulação da DUDH que, em seu preâmbulo, aponta a educação e o ensino como caminhos para promoção dos Direitos Humanos. O documento retrata o assunto da seguinte forma:

A Assembleia Geral das Nações Unidas proclama a presente "Declaração Universal dos Direitos do Homem" como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição (ONU, 1948).

Ao mesmo tempo, a educação é um direito humano, destacado no artigo 26 da mesma declaração:

Todo o homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos (ONU, 1948).

A análise do artigo 26 e do preâmbulo da DUDH nos mostra que, durante a elaboração do documento, a educação não foi considerada neutra em matéria de valores. Clau-

de (2005, p. 39) ressalta que o artigo 26 determina que o direito à educação deve estar associado a três objetivos, quais sejam: (1) pleno desenvolvimento da personalidade humana e fortalecimento do respeito aos direitos do ser humano; (2) promoção da compreensão, da tolerância e da amizade entre todas as nações; e (3) incentivo às atividades da ONU para a manutenção da paz. Assim compreendida, a relação entre educação e Direitos Humanos não deixa dúvidas sobre o entendimento de que a educação é um direito de todos os seres humanos e condição para que seus direitos sejam promovidos. Por isso, a DUDH pode ser vista como ponto de partida para todas as ações, em âmbito mundial e nacional, para a Educação em Direitos Humanos (EDH).

3 Ações em escala mundial para a EDH

Embora a obrigação internacional de países, escolas e cidadãos na promoção dos Direitos Humanos pela educação esteja definida desde 1948, sua efetivação teve retorno somente há algumas décadas. Em 1993, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, pediu que a ONU fizesse alguma ação para acelerar a promoção desses direitos.

Assim, no ano seguinte, a Assembleia Geral da ONU proclamou a Década das Nações Unidas para a Educação em Matéria de Direitos Humanos, durante o período de 1995 a 2004. A Resolução 49/184 da Assembleia Geral da ONU descreve como principal objetivo da Década “o pleno desenvolvimento da personalidade humana num espírito de paz, compreensão mútua e respeito pela democracia e pelas leis” (ONU, 1994). O documento ainda diz que o ensino deve ser introduzido em todos os níveis da educação formal e adotado na educação informal, além de se referir a metodologias, enfocando o ensino interativo, participativo e culturalmente relevante.

Nesse intervalo de tempo, solicitou-se que os governos, as organizações internacionais, as instituições nacionais, as organizações não governamentais, as associações profissionais, todos os setores da sociedade civil e todos os indivíduos estabelecessem parcerias e concentrassem os seus esforços na promoção de uma cultura universal de direitos humanos, por meio da educação, formação e informação públicas em matéria de Direitos Humanos.

Ao término da Década das Nações Unidas para a Educação em Matéria de Direitos Humanos, teve início uma nova etapa para a EDH. A Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou o Programa Mundial para a Educação em Direitos Humanos (PMEDH) (ONU; UNESCO; OHCHR, 2006) primeira fase, com ênfase na inclusão da Educação em Direitos Humanos nos currículos da educação básica. Em 2010 foi lançada a segunda fase desse programa, dedicada à educação superior.

O PMEDH (ONU; UNESCO; OHCHR, 2006) destaca cinco âmbitos compostos por diferentes ações destinadas à implementação da EDH no ensino básico: políticas; implementação de política; ambiente de aprendizagem; ensinando e aprendendo, e educação e desenvolvimento profissional de professores e outros profissionais da área da educação.

Nesse cenário, ainda merece destaque a aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre a Educação e a Formação em Direitos Humanos, em 2011. Ao longo de 13 artigos, é estabelecido um conjunto de diretrizes que,

se aplicadas integralmente pelos Estados parte que coparticipam daquele que é o mais importante organismo multilateral do mundo, tem potencial para desencadear uma mudança significativa na conjuntura referente à concretização dos Direitos Humanos em nível planetário. (NOGUEIRA; BE-NEVIDES; OLIVEIRA JÚNIOR, 2015, p. 483).

Todas as recomendações internacionais que buscam a EDH servem como norte para que os países possam efetivar estes princípios em seu ordenamento. Piovesan (2013) salienta que não basta os direitos serem reconhecidos em imensa quantidade de normas internacionais, pois estes precisam ser previstos nos ordenamentos jurídicos nacionais, para terem sua efetivação garantida por cada país.

Daí advém a importância de se analisar, no Brasil, os documentos que efetivam o processo educacional em Direitos Humanos e que aplicam os princípios aplicados pela DUDH e por outras ações de âmbito internacional.

4 Planos e diretrizes para efetivação da EDH no Brasil

No Brasil, a Educação em Direitos Humanos começou com processos informais, impulsionada por movimentos sociais que lutavam contra a ditadura militar, sobretudo nas décadas de 1960 e 1970. A retomada da democracia fortalece o processo de construção da EDH. Com a abertura política, a partir dos anos de 1980, a Educação em Direitos Humanos ganhou espaço político.

Esse movimento teve como marco expressivo a Constituição Federal de 1988, que consagrou o Estado Democrático de Direito e reconheceu prioritariamente a dignidade da pessoa humana e os direitos ampliados da cidadania. A partir de então, o país passou a ratificar os mais importantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, além de reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

A resposta do Brasil relacionada à Década das Nações Unidas para a Educação em Matéria de Direitos Humanos foi o lançamento do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (BRASIL, 2006), cuja primeira versão data de 2003. Por meio desse documento, o Estado brasileiro afirma seu compromisso com a Educação em Direitos Humanos como política pública. Outros documentos posteriores reforçaram esse compromisso, como o Programa Nacional de Direitos Humanos (BRASIL, 2010), que dedica um eixo ao campo da educação. Mais recentemente, um passo importante foi dado no sentido de levar a EDH para as instituições educacionais: a formulação pelo Conselho Nacional de Educação das Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos (BRASIL, 2012).

4.1 Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) (BRASIL, 2006), lançado primeiramente em 2003, foi embasado em documentos nacionais e internacionais, marcando, principalmente, a participação do Estado brasileiro na Década das Nações Unidas para a Educação em Matéria de Direitos Humanos.

O documento é resultante de ações e esforços que se propõem a contribuir para a construção de uma política pública de EDH, voltada para a formação de cidadãos e cidadãs mais conscientes de seus direitos e seus meios de proteção. O PNEDH visa fortalecer o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, promover o pleno desenvolvimento da personalidade e dignidade humana e estimular a participação efetiva das pessoas em uma sociedade livre e democrática.

Conforme o PNEDH, a EDH no Brasil é compreendida como:

[...] um processo sistemático e multidimensional que orienta a formação do sujeito de direito articulando as dimensões de apreensão de conhecimentos historicamente construídos sobre direitos humanos; a afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem a cultura dos direitos humanos; a formação de uma consciência cidadã capaz de se fazer presente nos níveis cognitivos, sociais, éticos e políticos; o desenvolvimento de processos metodológicos participativos e de construção coletiva; o fortalecimento de práticas individuais e sociais geradoras de ações e instrumentos a favor da promoção, da proteção e da defesa dos direitos humanos, assim como da reparação de suas violações. (BRASIL, 2006, p. 25)

Verifica-se que o documento é construído a partir de uma visão ampla de cidadania, considerando-se o respeito e a valorização da pluralidade. Educar em Direitos Humanos, nesse contexto, é uma necessidade emergente diante de um cenário social e educacional que se defronta diariamente com as diversidades. Para Benevides:

A Educação em Direitos Humanos parte de três pontos essenciais: primeiro, é uma educação de natureza permanente, continuada e global. Segundo, é uma educação necessariamente voltada para a mudança, e terceiro, é uma inculcação de valores, para atingir corações e mentes e não apenas instrução, meramente transmissora de conhecimentos. Acrescente, ainda, e não menos importante, que ou esta educação é compartilhada por aqueles que estão envolvidos no processo educacional – os educadores e os educandos – ou ela não será educação e muito menos educação em direitos humanos. Tais pontos são premissas: a educação continuada, a educação para a mudança e a educação compreensiva, no sentido de ser compartilhada e te atingir tanto a razão quanto a emoção. (BENEVIDES, 2000, [S.p.])

Dessa forma, os princípios e caminhos apontados pela Educação em Direitos Humanos precisam se concretizar no cotidiano por meio de ações objetivas e direcionadas às diferentes dimensões que o integram, e o PNEDH é construído com essa finalidade. O documento visa construir uma consciência de cidadania democrática, em que as políticas públicas de EDH são priorizadas.

Em seu processo de elaboração, o PNEDH é dividido em cinco eixos, que são: (1) Educação Básica; (2) Ensino Superior; (3) Educação Não Formal; (4) Educação dos Profissionais do Sistema de Justiça e Segurança; (5) Educação e Mídia. Assim, o documento abrange a educação formal, não formal e informal.

Trilla, Ghanem e Arantes (2008) explicam que a educação formal compreende o sistema educacional institucionalizado, cronologicamente graduado e estruturado hierarquicamente; a não formal refere-se às atividades educativas organizadas fora do marco oficial da escola e do sistema de ensino; a informal refere-se a um processo informal que se estende ao longo da vida durante o qual as pessoas adquirem conhecimentos, habilidades, atitudes e modos de discernimento por meio de experiências diárias.

O PNEDH, ao abranger os três tipos de educação, explicita sua preocupação com o processo de construção de uma cidadania ativa, colocando cada cidadão, nas diferentes esferas sociais, como sujeitos de direitos. Os objetivos gerais deixam clara a preocupação do documento:

- a) destacar o papel estratégico da educação em direitos humanos para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito;
- b) enfatizar o papel dos direitos humanos na construção de uma sociedade justa, eqüitativa e democrática;
- c) encorajar o desenvolvimento de ações de educação em direitos humanos pelo poder público e a sociedade civil por meio de ações conjuntas;
- d) contribuir para a efetivação dos compromissos internacionais e nacionais com a educação em direitos humanos;
- e) estimular a cooperação nacional e internacional na implementação de ações de educação em direitos humanos;
- f) propor a transversalidade da educação em direitos humanos nas políticas públicas, estimulando o desenvolvimento institucional e interinstitucional das ações previstas no PNEDH nos mais diversos setores (educação, saúde, comunicação, cultura, segurança e justiça, esporte e lazer, dentre outros);
- g) avançar nas ações e propostas do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) no que se refere às questões da educação em direitos humanos;
- h) orientar políticas educacionais direcionadas para a constituição de uma cultura de direitos humanos;
- i) estabelecer objetivos, diretrizes e linhas de ações para a elaboração de programas e projetos na área da educação em direitos humanos;
- j) estimular a reflexão, o estudo e a pesquisa voltados para a educação em direitos humanos;
- k) incentivar a criação e o fortalecimento de instituições e organizações nacionais, estaduais e municipais na perspectiva da educação em direitos humanos;
- l) balizar a elaboração, implementação, monitoramento, avaliação e atualização dos Planos de Educação em Direitos Humanos dos estados e municípios;
- m) incentivar formas de acesso às ações de educação em direitos humanos a pessoas com deficiência. (BRASIL, 2006, p. 26)

Por fim, destaca-se que o PNEDH adota uma concepção de EDH ampla que extrapola a interpretação conteudista de que bastam aulas informativas sobre direitos. Concebe-se a EDH de maneira holística e como um processo que se realiza cotidianamente por meio de todas as ações, sejam elas formais, informais ou não formais.

4.2 Programa Nacional de Direitos Humanos

O primeiro Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), publicado em 1996, foi objeto da 1ª Conferência Nacional de Direitos Humanos. Isso ocorreu três anos após a Conferência de Viena, realizada em 1993, que recomendou aos países a elaboração de programas para avançar na promoção e proteção dos Direitos Humanos. A primeira versão do documento deu maior destaque aos direitos civis, com ações governamentais voltadas para a integridade física, a liberdade e o espaço de cidadania. Porém, o PNDH-1 não tinha formas de incorporar suas propostas no planejamento e orçamento governamental.

Por causa dessas falhas no PNDH-1, em 2001 iniciou-se o processo de construção do PNDH-2, que foi publicado em 2002 e incluiu os direitos sociais, econômicos e culturais. Nessa versão, houve a preocupação de que as propostas constantes no programa tivessem concretude com a formulação de políticas públicas e destinação de recursos para sua execução.

Durante o ano de 2008, a Secretaria Especial de Direitos Humanos elaborou, como subsídio para a 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos, uma atualização do PNDH-2, no sentido de sistematizar o que foi feito desde 2002 em termos de ações governamentais. Como as duas primeiras versões do PNDH não haviam tido uma aplicação efetiva, o processo de atualização do programa demandou grande esforço de articulação de sociedade civil e movimento sociais para que não fossem repetidas as experiências negativas anteriores.

Assim, em 2010, foi lançado, finalmente, o PNDH-3, estruturado em seis eixos orientadores, subdivididos em 25 diretrizes, 82 objetivos estratégicos e 521 ações programáticas. O programa também inclui, como alicerce de sua construção, propostas aprovadas em cerca de 50 conferências nacionais temáticas, como igualdade racial, direitos da mulher, meio ambiente, saúde, cultura e educação, entre outras.

Destaca-se que o PNDH-3 dedica um eixo à Educação e Cultura em Direitos Humanos, trazendo para o Estado Democrático brasileiro, mais uma vez, a importância de se educar em Direitos Humanos. Assim, em sua terceira e mais robusta versão, o programa traz preocupações consistentes com a EDH e segue as recomendações estabelecidas pela Conferência de Viena, em 1993. O PNDH-3 assim descreve o eixo de Educação e Cultura em Direitos Humanos:

O eixo prioritário e estratégico da Educação e Cultura em Direitos Humanos se traduz em uma experiência individual e coletiva que atua na formação de uma consciência centrada no respeito ao outro, na tolerância, na solidariedade e no compromisso contra todas as formas de discriminação,

opressão e violência. É esse o caminho para formar pessoas capazes de construir novos valores, fundados no respeito integral à dignidade humana, bem como no reconhecimento das diferenças como elemento de construção da justiça. O desenvolvimento de processos educativos permanentes visa a consolidar uma nova cultura dos Direitos Humanos e da paz. (BRASIL, 2010, p. 20)

É evidente que o documento incentiva a EDH, visando à formação do sujeito de direitos para combater o preconceito, a discriminação e a violência e promover a adoção de novos valores de liberdade, justiça e igualdade. Para efetivar e colocar em prática a Educação e Cultura em Direitos Humanos, O PNDH-3 estabelece diretrizes e objetivos estratégicos, conforme demonstrado a seguir:

Diretrizes	Objetivos estratégicos
Efetivação das diretrizes e dos princípios da Política Nacional de Educação em Direitos Humanos para fortalecer cultura de direitos.	Implementação do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH). Ampliação de mecanismos e produção de materiais pedagógicos e didáticos para Educação em Direitos Humanos (EDH).
Fortalecimento dos princípios da democracia e dos Direitos Humanos nos sistemas de educação básica, nas instituições de ensino superior e nas instituições formadoras.	Inclusão da temática de Educação e Cultura em Direitos Humanos nas escolas de educação básica e em instituições formadoras. Inclusão da temática da Educação em Direitos Humanos nos cursos das Instituições de Ensino Superior (IES). Incentivo à transdisciplinaridade e transversalidade nas atividades acadêmicas em Direitos Humanos.
Reconhecimento da educação não formal como espaço de defesa e promoção dos Direitos Humanos.	Inclusão da temática da educação em Direitos Humanos na educação não formal. Resgate da memória por meio da reconstrução da história dos movimentos sociais.
Promoção da Educação em Direitos Humanos no serviço público.	Formação e capacitação continuada dos servidores públicos em Direitos Humanos, em todas as esferas de governo. Formação adequada e qualificada dos profissionais do sistema de segurança pública.
Garantia do direito à comunicação democrática e ao acesso à informação para a consolidação de uma cultura em Direitos Humanos.	Promoção do respeito aos Direitos Humanos nos meios de comunicação e o cumprimento de seu papel no fomento da cultura em Direitos Humanos. Garantia do direito à comunicação democrática e ao acesso à informação.

Fonte: PNDH-3 (BRASIL, 2010).

Assim como ocorre com o PNEDH, o PNDH-3, em seu eixo Educação e Cultura em Direitos Humanos, tem a finalidade promover os Direitos Humanos não somente no âmbito da educação formal, mas também em espaços educativos não formais e informais, destacando-se a importância dos meios de comunicação e a garantia do direito à comunicação democrática. Além desses documentos, em 2012 houve a elaboração das Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos, que estabelece os principais aspectos para levar os Direitos Humanos, de forma prática e valorativa, para a educação formal.

4.3 Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos

As Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos (BRASIL, 2012) foram instituídas pelo Conselho Pleno do CNE, isto é, pela Câmara de Educação Básica e pela Câmara de Educação Superior. Assim sendo, sua abrangência inclui além da Educação Básica, a educação em nível superior. Com isso, todos os níveis de educação do país – da Educação Infantil à Pós-graduação – devem contemplar a EDH em seus projetos e práticas educativas.

A criação de diretrizes específicas para a Educação em Direitos Humanos (EDH) suscita o questionamento sobre por que levar a Educação em Direitos Humanos para escolas, faculdades, universidades. O Parecer CNE/CP nº 8/2012 (BRASIL, 2012), que origina as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos, destaca a importância da educação como um direito humano e como meio para o acesso aos demais direitos. Ou seja, para conhecermos, compreendermos e vivermos os Direitos Humanos, precisamos ser educados. O compromisso é a formação de sujeitos de direitos e responsabilidades, comprometidos com a democracia e com o fortalecimento de grupos que têm seus direitos violados num contexto social marcado por desigualdades e injustiças.

A adoção de uma perspectiva de uma educação ética, crítica e emancipadora evidencia-se ao longo do documento. A formação pretendida é ética na medida em que se orienta por valores humanizadores; crítica, pois implica na reflexão e na prática que problematiza contextos sociais, culturais econômicos e políticos; e é política, pois prevê a formação de sujeitos de direitos capazes de exercer ativamente sua cidadania, de se organizar de dialogar, reivindicar direitos e lutar pela sua conquista.

O documento destaca sete princípios que fundamentam a EDH:

1. dignidade humana;
2. igualdade de direitos;

3. reconhecimento e valorização das diversidades e diferenças;
4. laicidade no Estado;
5. democracia na educação;
6. transversalidade, vivência e globalidade; e
7. sustentabilidade ambiental.

Tais princípios referem-se aos direitos dos sujeitos e a uma existência pautada por valores de justiça e equidade, destaca a democracia como um processo que deve orientar as relações institucionalmente, marca a importância da relação entre direitos humanos e vivência de todos os envolvidos na comunidade escolar e nos direitos das gerações futuras.

A EDH objetiva a construção de ambientes educativos promotores de direitos. Esse tipo de educação constitui-se como um modo de vida capaz de orientar todas as relações que têm espaço nos ambientes escolares e na sociedade. Por esse motivo, o documento refere-se a ambientes educacionais que abrangem:

- a. ações, experiências, vivências de cada um dos/as participantes;
- b. relações com o entorno;
- c. condições socioafetivas;
- d. condições materiais; e
- e. infraestrutura para a realização de propostas culturais educativas.

A Educação em Direitos Humanos se realiza na interação, nas relações, por meio das experiências pessoais e/ou coletivas, desde as relações interpessoais entre os diferentes sujeitos que integram o ambiente educacional até as relações que os sujeitos estabelecem com o conhecimento e com o meio no qual estão inseridos.

Os conflitos que emergem das relações estabelecidas nesse meio (desde os interpessoais até os cognitivos) são tomados como pedagógicos, na medida em que permite a troca de pontos de vista e a consciência das diversidades de modos de ser, pensar, existir, acreditar; em sua dimensão cognitiva propiciam a mudança de opinião ou de nível de conhecimento.

São culturas, religiões, ideologias, preferências, orientações sexuais, enfim são formas diferentes de ser, pensar, expressar, ver o mundo. As diferenças estão presentes também no ambiente educacional e manifestam-se nos comportamentos, valores e na maneira como cada indivíduo aprende e no seu ritmo de aprendizagem. Essas diferenças devem se articular com a premissa de que aprender é um direito humano.

5 A importância do processo educacional em Direitos Humanos

Direitos Humanos são frutos da luta pelo reconhecimento, realização e universalização da dignidade humana. São princípios e valores baseados na igualdade, o que pressupõe a consideração e o reconhecimento do “outro” como um ser humano, igual a mim. São questões que envolvem os conceitos de alteridade e reciprocidade, que colocam o eu e o outro como sujeitos e objetos da ética.

Esta parece ser uma afirmação bastante óbvia, mas a realidade nos mostra que muitas vezes reconhecemos nossos direitos e os reivindicamos, mas quando se trata do direito do “outro” este reconhecimento não é tão óbvio. Um exemplo claro da distância que existe entre o meu direito e o direito do outro, que por força de lei vem sendo superada, são os direitos trabalhistas de empregados domésticos. Geralmente as pessoas almejam um emprego com registro, reconhecimento dos direitos trabalhistas, como descanso semanal remunerado, férias, décimo terceiro salário, fundo de garantia; mas quando essas pessoas devem reconhecer que sua empregada doméstica tem os mesmos direitos, a situação muda e os direitos destas são negados. Onde está a igualdade? Reconhecer os meus direitos e negar os direitos dos outros evidencia uma percepção desigual dos seres humanos, em que a reciprocidade é negada e as relações de poder entre grupos sociais são expostas.

Vivemos num país marcado por desigualdades sociais e preconceitos. Dados do IBGE, baseados em informações do Censo Escolar de 2010, mostram que 3,1% dos estudantes da Educação Fundamental abandonaram a escola. Em 2011, pessoas com 10 anos ou mais não alfabetizadas correspondiam a 7,9%. Em 2007, 13,59% das crianças entre 5 e 6 anos e 17,65% da população entre 15 e 17 anos estavam fora da escola. Como podemos ler esses dados? O direito à educação não é o mesmo para todos. Alguns entram na escola, aprendem, conquistam um diploma e podem prosseguir seus estudos em nível superior se assim o desejarem; outros não conseguem concluir a educação básica, não aprendem, não têm como optar se vão ou não prosseguir seus estudos. Vale destacar que aprender é um direito de todos os estudantes e, portanto, deve ser a preocupação central da escola.

O Censo de 2010 mostrou que quase 24% da população brasileira possui algum tipo de deficiência (visual, auditiva, motora, intelectual) em maior ou menor grau. Será que existe igualdade de oportunidades entre essas pessoas e as demais? Todos têm o mesmo acesso à educação, ao lazer, ao trabalho?

Não é necessário grande esforço para encontrarmos notícias sobre casos de discriminação racial, homofobia, abuso sexual contra crianças e adolescentes, trabalho infantil e trabalho escravo, além de outras formas de violação de direitos.

Os casos mencionados relacionam-se a alguns direitos que já estão garantidos por lei, mas ainda são violados, como os relacionados ao trabalho ou à discriminação racial. Há, também, direitos que ainda precisam ser conquistados, como os relacionados à criminalização da homofobia.

Podemos olhar para esse cenário e nos questionarmos se somos capazes de enxergar o “outro” como um ser igual a nós, reconhecendo todas as suas diferenças de credo, étnicas, econômicas, sociais, culturais, geracionais, regionais, sexuais, enfim, considerando toda a amplitude de formas de ser, viver, pensar, sentir, crer que caracterizam a humanidade? Somos diversos, mas essas diversidades não podem ser utilizadas para nos inferiorizar, apeguar-nos diante de ninguém.

Outro questionamento pertinente é se bastam leis para que a dignidade humana seja respeitada. Ainda que tenhamos a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (BRASIL, 1989), que trata dos crimes resultantes de preconceitos de cor ou raça, continuamos convivendo com o preconceito e a discriminação.

A força da lei pode coibir atos violentos, discriminatórios, mas não necessariamente contribui para a promoção da igualdade e da dignidade humana. Uma lei pode ser respeitada pelo temor de ser punido e não pelo respeito ao princípio que a gerou. Daí a importância de transcender a dimensão jurídica e atentar-nos, também, à dimensão ética relacionada aos Direitos Humanos. Ainda que estejamos nos referindo a leis, a EDH trata fundamentalmente de princípios que guiam a vida humana nas instituições e na sociedade.

Mas o que muda entre um cenário e outro? A mudança está na promoção dos Direitos Humanos e na conscientização sobre eles. Muitas vezes, quando falamos em Direitos Humanos no Brasil referimo-nos aos direitos violados e à necessidade de reparação das consequências advindas dessa violação. Ou seja, falamos de uma dimensão “negativa” ou reparadora, centrada nos problemas, naquilo que não deve acontecer ou não deve ser feito.

Atuar na promoção de direitos e na conscientização acerca deles nos leva à importância da educação e nas possibilidades do que pode ser feito. Por meio de ações educativas voltadas à EDH, temos a oportunidade de formar seres humanos sensíveis aos princípios e valores que reconhecem a centralidade do ser humano no mundo, a dignidade humana como fundamento da vida social, que reconheçam a igualdade nas diferenças e que repudiem a desigualdade. A educação é uma das principais vias para o despertar de um novo olhar, de uma cultura baseada em valores democráticos e humanizadores.

Não se trata de negar ou subestimar a importância da dimensão jurídico-política, mas de reconhecer que a EDH surge e se desenvolve em contextos marcados por múltiplas relações políticas, sociais, culturais e econômicas, assim ela não se dá apartada de seu entorno, pelo contrário é estritamente vinculada a ele. Diante do exposto, afirmamos

a importância da EDH na construção de relações guiadas por princípios e valores que têm a dignidade humana como fundamento.

6 Caminhos para a Educação em Direitos Humanos

A EDH não se trata apenas de ensinar Direitos Humanos. Conhecimento e informações sobre esses direitos constituem apenas uma das dimensões do trabalho a ser desenvolvido nas instituições de ensino. A formação ética (valoração positiva dos direitos e de seus princípios) e a prática (saber fazer valer estes direitos e a responsabilidade social com a sua realização) são as outras duas dimensões que integram a EDH. Trabalhar com essas dimensões envolve a reflexão sobre a natureza dos Direitos Humanos e sobre suas relações com a vida real.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao trazer logo no preâmbulo a promoção do respeito a direitos e liberdades, por meio do ensino e da educação, deixa um recado implícito para a comunidade internacional – a necessidade de adotar medidas que assegurem a Educação em Direitos Humanos. Ainda que décadas tenham passado para que, de fato, essas ações começassem, hoje vemos um movimento crescente nesse sentido, não apenas no Brasil, como em outros países.

Nos dias de hoje, muitos observadores, ativistas e educadores percebem o início de um movimento internacional em apoio ao ensino dos direitos humanos. Tais iniciativas tornaram-se mais viáveis graças aos recursos da ONU disponíveis mundialmente, além de uma rede internacional de cooperação de grupos públicos e privados, em rápida expansão. O ponto de vista compartilhado pelos envolvidos focaliza a construção de uma “cultura universal de direitos humanos”, não mais uma utopia fantasiosa, e sim um desafio atual para um mundo globalizado, que precisa compartilhar valores positivos. Estamos diante da obrigação, em âmbito internacional, nacional, local e pessoal, de adotar programas eficazes de ensino de direitos humanos e empregar metodologias que possam garantir que a tarefa seja bem-feita, de forma consistente com os objetivos de paz mundial e respeito aos direitos humanos por toda parte. (CLAUDE, 2005, p. 62)

Os Direitos Humanos tratam basicamente de relacionamentos, conseqüentemente envolvem relações de poder entre indivíduos, grupos, sociedade ou Estado, portanto são históricos, sociais e políticos. É preciso que se tenha consciência dessa dimensão para que a EDH não se transforme em mera transmissão de informações sobre direitos já estabelecidos e desvinculados de seu contexto de luta e conquista.

A variedade de relações entre seres humanos é ampla, o que torna os Direitos Humanos dinâmicos, em constante discussão, reivindicação e transformação. Por isso, a EDH se desenvolve em contextos reais, a partir de experiências, necessidades e problemas

dos sujeitos (estudantes, comunidade escolar, comunidade na qual a escola se localiza) e das relações destes entre si, com a sua escola, sua comunidade e com o seu governo.

[...] qualquer esperança de promover o contato das pessoas com a consciência crítica e com a ação social está diretamente relacionada à sua capacidade de refletir sobre experiências e situações que tocam profundamente a sua vida (BUTKUS apud MEINTJES, 2007, p. 134).

Por não se tratar apenas de conhecimentos conceituais, objetiva-se com a EDH, a construção de um ambiente nacional promotor de direitos. Para tanto, é fundamental considerar as diferentes dimensões que compõem a sociedade e que viabilizam a educação valorativa e ética, voltada para a justiça, a paz e a cidadania. Nas palavras de Silva e Tavares (2013):

O que a EDH pretende é a constituição de uma cultura de respeito integral aos direitos humanos. Assim, sua finalidade é mudar condutas para criar práticas sociais, é formar o sujeito de direitos para atuar em consonância com uma cultura de respeito ao outro. Esse processo deve pautar-se em três esferas principais: a) informação e conhecimento sobre direitos humanos e democracia; b) valores que sustentam os princípios e a normativa dos direitos humanos e atitudes coerentes com eles; c) capacidades para pôr em prática com eficácia os princípios dos direitos humanos e da democracia na vida diária. (SILVA; TAVARES, 2013, p. 55)

Direitos Humanos não são abstrações ou ideais distantes, integram nosso cotidiano e as relações interpessoais ou institucionais de todos os seres humanos. No entanto, esse tipo de percepção não é intrínseco aos Direitos Humanos, são necessários processos educativos para que as pessoas conheçam tais direitos, reconheçam-nos no cotidiano e posicionem-se criticamente em relação a sua exigibilidade. Por isso a importância de pautar-se nas três esferas citadas por Silva e Tavares (2013) no caminho de efetivação da EDH.

No Brasil, o caminho a percorrer em relação aos Direitos Humanos ainda é longo. Os planos e diretrizes, entretanto, são a forma que o Estado Democrático brasileiro encontrou para colocar em prática os princípios promulgados pela DUDH em 1948. Um dos primeiros desafios, e é neste sentido que está a importância da EDH, é superar a ideia difundida de que defender a efetivação dos Direitos Humanos é “proteger bandidos”.

O preconceito em relação aos Direitos Humanos remonta à ditadura de 1964, quando artistas e intelectuais brasileiros foram presos e torturados por terem ideias e posiciona-

mentos contrários ao regime de repressão e supressão de direitos. Esse grupo passou a reivindicar os Direitos Humanos e estes, por sua vez, foram associados aos presos políticos. Com a anistia política, a vinculação entre Direitos Humanos e presos permaneceu, porém, relacionada aos presos comuns.

Para que essa visão seja superada, é necessário um esforço para desconstruir a visão predominante no senso comum. Assim, uma educação diferenciada, com foco na valorização e no respeito aos Direitos Humanos, é aspecto fundamental para que cada cidadão possa ser sujeito dos direitos pontuados pela DUDH e posteriormente detalhados em inúmeros tratados internacionais.

7 Conclusão

Com a entrada do século XXI, o Brasil passou a adotar diversas políticas públicas para promover a Educação em Direitos Humanos e estar coadunado com as recomendações da comunidade internacional. Assim, por meio de planos e diretrizes, políticas foram direcionadas ao desenvolvimento de uma cultura de respeito integral aos Direitos Humanos.

Considerando que a EDH está prevista desde a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, por meio de seu preâmbulo e de seu artigo 26, observa-se que foram necessárias muitas décadas para que, de fato, ela começasse a ser efetivada em escala mundial. A Década das Nações Unidas para a Educação em Matéria de Direitos Humanos (1995-2004) foi de fundamental importância para que os países adotassem políticas educacionais em Direitos Humanos.

A EDH é o meio mais eficaz para que os Direitos Humanos fiquem inseridos no cotidiano e na consciência coletiva. Um indivíduo não exerce seus direitos apenas sabendo quais são estes: é necessário vivenciá-los, aplicá-los às mais diversas demandas, valorá-los em toda a sua dimensão ética e social. Falar de educação, neste contexto, é dar ainda mais força à dimensão normativa dos Direitos Humanos. É promovê-los de forma maciça em toda a sociedade, dando subsídios para que estes possam ser construídos e aplicados sistematicamente.

A importância da educação nesse processo foi ressaltada desde o preâmbulo da DUDH, há exatos 70 anos, ainda que esse conceito ainda demorasse a ser entendido e efetivamente aplicado. Nas palavras de Baxi (2007, p. 231): "Sábria e previsivelmente, a EDH é vista pelos autores da Declaração Universal como um instrumento estratégico para a proteção da paz, em todas as dimensões e em todos os níveis".

No Estado Democrático brasileiro, conforme explicitado, três documentos sobre EDH se destacam: Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) (BRASIL,

2006), o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) (BRASIL, 2010) e as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos (BRASIL, 2012). Os documentos trazem diversos caminhos para que a educação voltada à justiça, à paz e à cidadania se concretize, tanto em espaços formais como em espaços não formais e informais.

Apesar de o Brasil ter avançado, por meio de seus planos e diretrizes, na efetivação da EDH, ainda há um longo caminho a ser trilhado. O país apresenta um quadro de violação de Direitos Humanos em diferentes âmbitos, seja pela inoperância estatal, seja pela violência institucional e até mesmo nos preconceitos e desrespeitos que se manifestam nas relações interpessoais.

Por isso, é importante que os planos e diretrizes realmente sejam colocados em prática e que sejam valorados e entendidos no cotidiano dos cidadãos. Assim, é possível construir a verdadeira Educação em Direitos Humanos – pautada nos princípios éticos e sociomoraes de respeito, justiça, cidadania, diversidade e solidariedade.

Referências

BAXI, Upendra. Educação em Direitos Humanos: Promessa do Terceiro Milênio? In: CLAUDE, Richard Pierre; ANDREOPOULOS, George (org.). **Educação em Direitos Humanos para o Século XXI**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo – Núcleo de Estudos da Violência, 2007.

BENEVIDES, Maria Victoria. **Palestra de abertura do Seminário de Educação em Direitos Humanos**. São Paulo, 18 fev. 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul. 2017.

_____. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos, jan., 1989.

_____. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB. 20 dez. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília**: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=2191-plano-nacional-pdf&category_slug=dezembro-2009-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. Ministério de Educação. Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação em Direitos Humanos. Resolução CNE/CP 1/2012. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 31 maio 2012.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)**. 2. ed. rev. e atual. Brasília: SDH/PR, 2010.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Educação em Direitos Humanos**: diretrizes nacionais. Brasília: Coordenação Geral de Educação da Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

CLAUDE, Richard Pierre. Direito à educação e educação para os direitos humanos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 2, n. 2, p. 37-64, 2005. Disponível em: http://dhnnet.org.br/dados/revistas/sur/revista_sur_02.pdf#page=37. Acesso em: 10 ago. 2018.

CLAUDE, Richard; ANDREOPOULOS, George (org.). **Educação para os Direitos Humanos no Século XXI**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo – Núcleo de Estudos da Violência, 2007.

DEVINE, Carol; HANSEN, Carol Rae; WILDE, Ralph. **Direitos humanos: referências essenciais**. São Paulo: Edusp: Núcleo de Estudos da Violência, 2007.

MEINTJES, Garth. Educação em Direitos Humanos para o Pleno Exercício da Cidadania. In: CLAUDE, Richard Pierre; ANDREOPOULOS, George (org.). **Educação para os Direitos Humanos no Século XXI**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo – Núcleo de Estudos da Violência, 2007.

NOGUEIRA, Arnaldo Fernandes; BENEVIDES, Marinina Gruska; OLIVEIRA JÚNIOR, Gerson Augusto. Educação em Direitos Humanos e Cidadania: diretrizes nacionais para a formação teórica e prática de educadores. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL EPISTEMOLOGIAS DO SUL: APRENDIZAGENS GLOBAIS SUL-SUL, SUL-NORTE E NORTE-SUL. DIREITOS HUMANOS E OUTRAS GRAMÁTICAS DA DIGNIDADE HUMANA, 2015, Coimbra. **Anais [...]**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2015.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. França, 1948.

ONU. UNESCO. OHCHR. **Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos**. Nova Iorque; Genebra: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva.

SILVA, Aida Maria Monteiro; TAVARES, Celma. Educação em direitos humanos no Brasil: contexto, processo de desenvolvimento, conquistas e limites. **Educação**, Porto Alegre, v. 36, n. 1, p. 50-58, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/848/84825694008/>. Acesso em: 20 jul. 2018.

TOSI, Giuseppe. Direitos humanos: reflexões iniciais. In: TOSI, Giuseppe (org.). **Direitos humanos: história, teoria e prática**. João Pessoa: Editora UFPB, 2004. p. 14-41. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2015/08/Direitos-Humanos-Historia-Teoria-e-Pratica.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2018.

TRILLA, Jaume; GHANEM, Elie; ARANTES, Valéria A. **A. Educação formal e não formal: pontos e contrapontos**. São Paulo: Summus, 2008.

**13 JUSTIÇA SOCIAL
COMO REDISTRIBUIÇÃO
E RECONHECIMENTO:
IGUALDADE DE GÊNERO E A
CORTE INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS**

Surrailly Fernandes Youssef^f

Resumo: Este artigo analisa jurisprudência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre direitos das mulheres de 2006 a 2015. A partir da teoria da feminista Nancy Fraser sobre justiça social como redistribuição e reconhecimento, busca-se identificar se o conceito de igualdade de gênero desenvolvido pela Corte comporta a noção de paridade de participação e se esta identifica, em sua jurisprudência, como causas da desigualdade de gênero, ao mesmo tempo, a distribuição injusta de bens socioeconômicos e padrões culturais e simbólicos excludentes, articulando as duas dimensões de justiça social na proposição de reparações.

Palavras-chaves: Gênero. Redistribuição e reconhecimento. Corte Interamericana de Direitos Humanos e Justiça Social.

Abstract: *This article analysis the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights regarding women's rights from 2006 to 2015. Based on the feminist theory of Nancy Fraser about social justice as redistribution and recognition, the article aims to identify if the idea of gender equality developed by the Court encompass the notion of parity of participation. Thus, I propose to investigate if the Court jurisprudence acknowledge, simultaneously, as causes of gender inequality both maldistribution (the unfair redistribution of socioeconomical goods) and gender misrecognition (cultural and symbolical patterns that considers women inferior), in order to articulate the two dimensions of social justice on reparation measures.*

Keywords: *Gender. Redistribution and Recognition. Inter-American Court of Human Rights and Social Justice.*

I Introdução

Este artigo² tem como ponto de partida a noção de justiça social como paridade de participação desenvolvida por Nancy Fraser, qual seja, a criação de arranjos sociais que permitem a participação de todos como iguais na vida social. A teoria da justiça de Fraser nos permite ver que as demandas por direitos humanos das mulheres interpostas

¹ Surrailly Fernandes Youssef é mestranda de direito internacional público na Universidade de São Paulo e fundadora do projeto Transmissão Direitos Humanos.

² Este artigo é parte de uma reflexão elaborada no meu trabalho de conclusão do curso de direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2015, sob orientação do professor André de Carvalho Ramos.

referem-se a injustiças que entrelaçam reconhecimento e redistribuição. Isso significa que para promover igualdade de gênero³ é preciso identificar o caráter bidimensional das demandas de mulheres, uma vez que estas são afetadas por injustiças socioeconômicas relacionadas à distribuição de bens, mas também por injustiças culturais e simbólicas.

A partir dessa noção de igualdade como redistribuição e reconhecimento nos debruçaremos sobre os casos no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos entre 2006 e 2015 analisou a violação de direitos de mulheres. Diante desse cenário, surgem as seguintes questões: o conceito de igualdade de gênero desenvolvido pela Corte identifica como causas da desigualdade de gênero, ao mesmo tempo, a distribuição injusta de bens socioeconômicos e padrões culturais e simbólicos excludentes e é capaz de propor reparações que entrelacem essas duas demandas?

A organização deste artigo seguirá a seguinte estrutura: primeiramente serão introduzidos os principais aspectos da teoria da justiça social como redistribuição e reconhecimento. Em seguida, examinaremos os casos nos quais a Corte analisou a violação de direitos humanos de mulheres, a partir das possibilidades, entrelaçando redistribuição e reconhecimento, para, por fim, traçar algumas propostas para uma atuação transformadora da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2 Desigualdade de gênero como injustiça redistributiva e de reconhecimento

Uma concepção de justiça social com potencial transformador deve ser capaz de reconhecer as causas originárias das desigualdades estruturais que afetam as mulheres. Nancy Fraser, ao compreender a noção de justiça como paridade de participação (FRASER, 2010, p. 16), oferece importante instrumento para avançar no direito à igualdade de mulheres.

Para Fraser, dois seriam os obstáculos para a paridade de participação, correspondentes a duas dimensões distintas de justiça.⁴ De um lado, injustiças de redistribuição, que estariam relacionadas às desigualdades socioeconômicas na estrutura da socie-

³ Nesse ponto, é importante fazer uma ressalva de que a igualdade de gênero não apenas implica promoção da justiça social para mulheres, apesar de esse ser o enfoque deste trabalho. A definição de Joan Scott de gênero como um elemento constitutivo das relações sociais baseado na diferença entre os sexos e como uma forma primeira de significar as relações de poder nos ajuda a compreender essa afirmação. Como o gênero é construído nas relações sociais entre homens e mulheres, a mulher não pode ser a categoria exclusiva abarcada pelos estudos de gênero.

⁴ Neste ponto é preciso fazer uma ressalva metodológica, vez que Fraser avança em sua teoria para incluir uma terceira dimensão de justiça. Refletindo sobre um mundo no qual as questões de justiça não estão mais restritas ao âmbito dos Estados – tradicional modelo Keynesiano-Westphaliano –, a autora introduz uma terceira dimensão de justiça. Essa terceira dimensão é política, relativa à representatividade.

dade, institucionalizadas a partir da exploração, marginalização econômica, privação e disparidades de recursos, saúde, lazer e trabalho (FRASER, 2011, p. 455). De outro, injustiças de reconhecimento, pautadas em desigualdades culturais e hierarquias estatutárias enraizadas em padrões sociais de representação, interpretação e comunicação que promovem a dominação cultural, o desrespeito e a desvalorização de certos grupos sociais (FRASER, 1997, p. 14).

As diferenciações sociais em razão de gênero são uma das injustiças consideradas por Fraser como híbridas ou bivalentes por combinarem, ao mesmo tempo, uma exploração de classe e a desvalorização da identidade.

Da perspectiva da redistribuição, gênero é um princípio orientador da estrutura econômica. Isso é demonstrado pelas divisões estabelecidas entre trabalho “produtivo” remunerado e o trabalho “reprodutivo” não remunerado. Destaca-se também o trabalho doméstico, realizado majoritariamente por mulheres, não remunerado e associado a características “naturalmente” femininas de cuidado. No campo do trabalho remunerado, as mulheres ocupam cargos com menores remunerações comparadas aos homens, e frequentemente assumem postos de trabalho precários ou informais, a exemplo das mulheres de Juárez empregadas em empresas maquiladoras.

No entanto, essa não é a única injustiça que afeta as mulheres. A desigualdade de gênero também apresenta como causa a construção social de comportamentos naturalmente associados ao feminino que são desvalorizados frente aos comportamentos associados ao masculino. Nancy Fraser considera que uma das principais injustiças de gênero no campo do reconhecimento são o androcentrismo e o sexismo (FRASER, 1997, p. 20). A incorporação pelo direito de conceitos sexistas e androcêntricos torna as mulheres – e outros grupos, quando associados a códigos femininos, a exemplo dos travestis – vulneráveis à violência física, sexual e moral.

3 Discursos de redistribuição e reconhecimento nos casos de violação dos direitos humanos das mulheres da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) foi uma das principais arenas transnacionais utilizadas por mulheres nas Américas para denunciar violações de direitos humanos e promover a igualdade de gênero, avançando pautas internamente. Em parte, isso se deu devido a um ativismo jurídico transnacional característico da atuação de um feminismo de terceira geração com a bandeira “os direitos das mulheres são direitos humanos” (SANTOS, 2007, p. 28; FRASER, 2010, p. 113-115).

Um dos principais órgãos do SIDH é a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH ou Corte), cuja atuação em casos contenciosos tem como pressuposto a provocação por parte da Comissão, conforme os procedimentos previstos na Convenção Americana (CADH).

Em 2003, Cecilia Medina considerou o trabalho da Corte Interamericana na temática de gênero “extremamente modesto” (MEDINA, 2003, p. 908). De certa forma, a ex-presidenta da Corte IDH justificou essa atuação limitada do órgão judicial do SIDH por conta da reticência da CIDH de encaminhar à Corte demandas individuais relacionadas à igualdade de gênero (MEDINA, 2003, p. 9-10; TRAMONTANA, 2011, p. 156).

Para muitas autoras, a decisão no Caso da Prisão Miguel Castro Castro v. Peru é um marco após 28 anos de atuação da Corte sem analisar um caso com a perspectiva de gênero (OSUNA, 2008, p. 21). Entre muitos méritos, a sentença da Corte, nesse caso, deve ser reconhecida por adotar um conceito amplo de violência sexual (CORTE IDH, 2006, par. 309-312) e por determinar a violação, pela primeira vez, da Convenção de Belém do Pará (CBP), ainda que sem fundamentar as razões da possibilidade de justicialização do instrumento (CORTE IDH, 2006, par. 344).

Nesta pesquisa, foram selecionados dez casos paradigmáticos, nos quais a Corte desenvolveu parâmetros de proteção dos direitos das mulheres e abordou o tema da discriminação de gênero. Para uma melhor sistematização dos casos em que a perspectiva de gênero foi utilizada pela Corte IDH visando analisar violação de direitos humanos das mulheres, optamos por categorizá-los com base na principal temática abordada: a) violência de gênero; b) direitos sexuais e reprodutivos; c) orientação sexual e gênero; e d) gênero e interseccionalidade.

Ademais, a análise focar-se-á na interpretação expansiva dos artigos 1.1 e 24 referentes ao princípio da não discriminação e a igualdade,⁵ um dos principais parâmetros desenvolvidos pela Corte em casos de mulheres, avançando desde uma perspectiva formal, elaborada principalmente na jurisprudência sobre justiça de transição, para um conceito de igualdade substantivo, que exige uma atuação mais propositiva na construção das políticas de igualdade (ABRAMOVICH, 2010, p. 169).

3.1 Violência de Gênero

A violência de gênero é uma prioridade na Corte IDH. Para definir a violência contra mulher, esta, em diversas oportunidades, referiu-se à Convenção de Belém do Pará

⁵ Para a Corte IDH, apesar de existir um vínculo indissolúvel entre os dois artigos, o art. 1.1 é uma norma de caráter geral que se refere à obrigação dos Estados de respeitar e garantir os direitos previstos na CADH, por outro lado, o artigo 24 trata da igual proteção da lei. Nesse sentido, o artigo 24 pode ser violado em relação ao 1.1 (CORTE IDH, 2014b, par. 218)

(CBP), segundo a qual “entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (OEA, 1994, art.1). No artigo 2º, a Convenção de Belém do Pará rompeu com a invisibilidade da violência de gênero no âmbito privado, reconhecendo que esta pode ocorrer em ambiente doméstico, familiar, comunitário, seja cometida por agentes estatais ou particulares.

3.1.1 Violência de Gênero e Justiça de Transição

Em três casos contra o Estado peruano, a Corte IDH desenvolveu parâmetros de proteção da mulher contra a violência em conflitos armados, assim como para mulheres encarceradas.

Nos Casos Castro Castro, J. e Espinosa Gonzáles, a Corte IDH reconheceu que, desde a década de 1980 até o final dos anos 2000, o Peru viveu um conflito entre grupos armados e forças policiais e militares (CORTE IDH, 2006, par. 197.1; 2014b, par. 51).

Monica Feria-Tinta, vítima e interveniente comum no Caso Castro Castro v. Peru, vinculou a violência de gênero ocorrida durante os anos do conflito armado com a participação massiva de mulheres em grupos armados e a sua discriminação por transgredir os papéis de gênero construídos pela sociedade peruana:

La participación de muchas mujeres dentro de los grupos alzados en armas en el Perú había generado concepciones dentro de la sociedad peruana donde se adjudicaba a la mujer ‘mayor maldad’ considerándola ‘ser la que daba el tiro de gracia’. Por tanto, a la transgresión de las normas de la sociedad (transgresión en la que sus contrapartes masculinos también habían incurrido) que había llevado a su detención, a estas mujeres se les adjudicaba una “transgresión” adicional: la de su género. Dichas mujeres eran vistas como transgresoras del rol que la sociedad peruana asigna a la mujer, la personificación de lo opuesto a lo que era concebido como ‘femenino’ (FERIA-TINTA, 2007, p. 33).

Em Castro Castro, a Corte IDH analisou a situação de mulheres detidas, na sua maioria pertencentes ao grupo armado Sandero Luminoso, durante e após a intervenção de militares e policiais, no contexto da Operação Mudanza I, organizada para transferir essas mulheres para outra penitenciária (CORTE IDH, 2006, par. 197.13). O ataque teve início no dia das mães, no Pavilhão A, que abrigava cerca de 135 mulheres, algumas gestantes (2006, par. 197.57). A partir do uso de armas de grande potencial, a operação

ocasionou mortes e agressões aos internos e internas da penitenciária. Violações de direito não cessaram com o ataque, homens e mulheres foram submetidos a condições de prisão degradantes, inclusive sendo obrigados a permanecer nus e de barriga para baixo durante longo período.

A Corte IDH apresentou três argumentos principais para determinar as violações da Convenção Americana a partir de uma perspectiva de gênero:

Al analizar los hechos y sus consecuencias la Corte tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres (I), que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas (II) y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres (III) (CORTE IDH, 2006, par. 223, marcações nossas).

Em relação ao primeiro deles, a Corte adotou o entendimento da interveniente comum de que não existe tortura que não leve em consideração o gênero da vítima (CORTE IDH, 2009, par. 259). Assim, a análise da violação do artigo 5º da CADH, referente à integridade pessoal das mulheres detidas, foi realizada a partir das disposições da Convenção de Belém do Pará e da Cedaw (2006, par. 276). A relação entre o artigo 5º da CADH e o artigo 7º da CBP é utilizada para definir obrigações dos Estados de adotar medidas para que os agentes estatais abstenham-se de qualquer ação de violência contra a mulher (2006, par. 298)

Nesse contexto, considerou obrigações específicas do Estado em relação às mulheres detidas sob sua custódia, particularmente as gestantes. Determinou que mulheres privadas de liberdade devem ser supervisionadas ou revistas apenas por agentes femininas. A Corte considerou a importância da proteção da saúde reprodutiva das mulheres encarceradas, oferecendo condições especiais durante a sua detenção e tratamento pré e pós-natal (CORTE IDH, 2006, par. 105, 332).

A nudez forçada e a revista vexatória praticada em condições nas quais as mulheres detidas se encontravam sujeitas ao controle de agentes estatais também foram classificadas como violência sexual (CORTE IDH, 2006, par. 306-313), adotando uma concepção ampla dessa violência. Esta última foi ainda considerada uma prática de tortura (2009, par. 312).

Apesar dos argumentos da CIDH a respeito do histórico de discriminação e exclusão das mulheres em razão de seu sexo (CORTE IDH, 2006, par. 259), ao considerar a violência sexual como uma prática que afeta as mulheres de forma específica e desproporcional, a Corte não investigou detalhadamente as razões e causas de sua constatação. Nesse sentido, deixou de considerar que a construção social de papéis de gênero

e noções de inferioridade da mulher são responsáveis pela discriminação estrutural de mulheres e a consequente violência da qual são vítimas.

Para algumas autoras, ao abordar que a prática de isolamento e incomunicação impactou desproporcionalmente as mulheres em relação aos homens, pelo único fato de elas serem mães (CORTE IDH, 2006, par. 330), a Corte IDH ainda teria reforçado um estereótipo de gênero de como mulheres devem se comportar em relação à maternidade (ZULOAGA, 2008, p. 283-284), adotando uma concepção essencialista do gênero, que define naturalmente o papel da mulher.

Sendo assim, ao não abordar diretamente os padrões culturais e simbólicos como causas da violência contra a mulher, a Corte IDH não identificou uma demanda de reconhecimento cultural das mulheres (FRASER, 1997), o que fica evidente ao não abordar com profundidade o princípio da não discriminação (artigo 1.1 da CADH).

Apesar de o caso cumprir com precondições para adotar reparações específicas de gênero, como uma adequada identificação dos fatos, vítimas e violações (MARIN; SANDOVAL, 2011, p. 1064-1070), as garantias de não repetição não incluem a capacitação de agentes estatais para lidar com a discriminação e violência de gênero, ao mesmo tempo em que não foram concedidos apoio psicológico, social, físico e legal específico às mulheres vítimas de violência (CORTE IDH, 2006, par. 470.15). A única menção ao gênero foi realizada ao arbitrar reparações pecuniárias maiores para as vítimas de violência sexual e as mulheres grávidas. Martin e Sandoval apontam que em Castro Castro as reparações indicadas não são capazes de subverter, mesmo que de forma modesta, as condições de discriminação e violência (2011, p. 1070).

J. e Espinoza Gonzáles tratam das violações decorrentes da detenção arbitrária de mulheres condenadas durante o conflito armado peruano por supostos delitos de terrorismo. Em ambos os casos, a Corte IDH ressaltou que a violência sexual foi uma prática generalizada dentro das Forças Armadas, durante o conflito peruano (CORTE IDH, 2013, par. 316-317; 2014b, par. 225), e aplicou, mais uma vez, a noção ampla de violação sexual para incluir o manuseio sexual (2013, par. 360), considerando-o uma tortura por ter sido praticado por agentes estatais (2013, par. 366).

No que tange às obrigações de investigação e punição dos atos de tortura contra mulher, previstos nos artigos 8º e 25 da CADH e 7 (a) e (b) da CBP, a Corte entendeu em J. e Espinoza que os agentes estatais e médicos legistas, responsáveis pelos procedimentos de apuração da violação, incorporaram estereótipos de gênero para avaliar as declarações dessas mulheres a respeito da violação sexual e tortura.

Em J. os agentes estatais assumiram automaticamente que as denúncias eram falsas e utilizaram a situação processual de J. como terrorista para não iniciar uma investigação sobre a violência sexual (CORTE IDH, 2013, par. 352).

No caso Espinoza Gonzáles, a Corte exemplificou a maneira como se manifesta a discriminação de mulheres suspeitas de atividade criminal no âmbito de investigações penais, adotando entendimento da perita Rebeca Cook, segundo a qual:

[...]a caracterización de la mujer sospechosa de actividad criminal como una [']chica mala['] permite negarles su madurez y humanidad y así eximir de responsabilidad [a] las personas responsables de su custodia", señalando que entre las características que suelen atribuirse a las mujeres sospechosas de haber cometido delitos se incluyen "ser asertivas, manipuladoras, carecer de credibilidad y tendencia a desafiar a la autoridad". Añade la perita que "[l]os jueces que comparten estereotipos de género similares acerca de las mujeres consideradas sospechosas consecuentemente puede[n] provocar que la decisión de su inocencia o culpabilidad no se fundamente en evidencia apropiada, o incluso se les puede imponer castigos más severos que a las mujeres sospechosas que se someten a la autoridad masculina". En vista de lo anterior, la Corte reconoce y rechaza el estereotipo de género por el cual se considera a las mujeres sospechosas de haber cometido un delito como intrínsecamente no confiables o manipuladoras, especialmente en el marco de procesos judiciales. Al respecto, la Corte ha aseverado que valoraciones de esta naturaleza muestran "un criterio discrecional y discriminatorio con base en la situación procesal de las mujeres [...] (CORTE IDH, 2014b, par. 275, grifo nosso)

Os médicos legistas consideraram que a Sra. Gonzáles "dramatizava os acontecimentos", "exagera nas suas emoções" e "manipula para obter ganhos secundários" (CORTE IDH, 2014b, par. 270). No mesmo sentido, a Sala Penal da Corte Suprema não examinou as alegações de tortura e violação sexual, por considerar que Espinoza manipulava a realidade para sua conveniência. Desvalorizou o testemunho em face da sua condição de acusada de terrorismo (2014b, par. 279) e, conseqüentemente, impediu que a violação de gênero fosse investigada e punida.

Sendo assim, a Corte avaliou que o Judiciário incorporou uma perspectiva estereotipada das mulheres suspeitas de cometer crimes, impedindo seu acesso à justiça em face dessa discriminação de gênero (CORTE IDH, 2014b, par. 280), o que foi considerado violação dos artigos 8º, 25, 1.1 e 2º da CADH e 7(b) da CBP, além dos dispositivos justificáveis da Convenção para Prevenir e Sancionar a Tortura.

A interpretação da Corte revela que o direito penal tem gênero, quando aplica penas mais severas às mulheres, por exemplo, por integrarem os grupos armados contrários ao regime autoritário de forma autônoma, como nos Casos de J. e Espinoza Gonzáles.

Isso ocorre, pois, essas mulheres não se adéquam aos papéis culturalmente construídos para elas, que incluem o não cometimento de crimes.

Ao mesmo tempo, as instituições judiciais incorporam estereótipos de gênero para justificar a ausência de investigação e punição de violações de direitos humanos perpetradas contra essas mulheres no cárcere, desvalorizando sua narrativa e fala, o que é incompatível com o direito internacional dos direitos humanos (CORTE IDH, 2014b, par. 268).

O discurso da Corte nesses casos revela claramente que as causas da violação dos direitos dessas mulheres estão na ausência de reconhecimento, calcada na perpetuação de padrões culturais que promovem a desigualdade de gênero. Contudo, a Corte IDH não determina efetivamente remédios de reconhecimento, apesar de avançar em relação a *Castro Castro*, por demandar do Estado a adoção de uma perspectiva de gênero nas investigações penais e nos protocolos especiais sobre a investigação da tortura e violência sexual. A única reparação que engloba elementos de reconhecimento e apresenta um potencial de promover uma reflexão sobre a cultura da discriminação de gênero é a capacitação dos funcionários estatais responsáveis pela investigação das violências sexuais, determinada apenas em *Espinoza Gonzáles* (CORTE IDH, 2014b, par. 323). Adicionalmente, não foi demandada do Peru a adoção de políticas destinadas a desconstruir as noções estereotipadas de mulheres suspeitas de atos delitivos.

3.1.2 Feminicídios e a responsabilização do Estado pela violência de gênero cometida por particulares

Em duas oportunidades, a Corte IDH enfrentou o tema de homicídios cometidos contra as mulheres em razão de seu gênero, também definido como feminicídio (CORTE IDH, 2009, par. 144, 164): *González e outras (Campo Algodonero) v. México e Veliz Franco v. Guatemala*. O caso *Campo Algodonero* é visto de forma simbólica como primeiro caso em que a Corte examinou uma situação estrutural de violência contra mulher e deu visibilidade para os feminicídios e sua impunidade na região.

Em ambos os casos foi de extrema importância a consideração do contexto para determinar os homicídios como uma manifestação de violência gênero. É com base nesse contexto de desigualdade estrutural que a Corte IDH foi capaz de reler as obrigações do Estado em matéria de direitos civis e políticos (ABRAMOVICH, 2010), de forma a avançar na sua jurisprudência sobre os parâmetros de proteção de mulheres contra a violência de gênero.

No Caso Campo Algodonero, a Corte concluiu pela existência de um aumento dos homicídios de mulheres da cidade de Juárez no México, havendo mais de trezentas vítimas desse fenômeno. Considerando diversos relatórios da Cedaw, da CIDH e de ONGs, concluiu que esses crimes estão inseridos em uma cultura sistemática de discriminação tanto na sua motivação quanto na resposta dada pelas autoridades estatais (CORTE IDH, 2009, par. 164, 231).

O feminicídio na Guatemala pode ser associado ao seu passado de violação sistemática de direitos humanos ocorridos durante a guerra civil, especialmente das mulheres de origem indígena maya, articulado com uma cultura conivente com a violência de gênero e doméstica (VELASCO, 2008, p. 400-402).

Um fator que aproxima os feminicídios de Juárez e na Guatemala são as condições de pobreza e vulnerabilidade das vítimas, inclusive sendo algumas delas crianças. Em Campo Algodonero, as vítimas eram jovens entre 15 e 25, estudantes ou que exerciam atividades laborativas precárias como empregadas domésticas ou em empresas maquiladoras (CORTE IDH, 2009, par. 165-168). Elas desapareceram e posteriormente foram encontradas mortas em um campo de algodões, com marcas de violência sexual e maus-tratos.

Veliz Franco era uma estudante de 15 anos de idade, habitante de um bairro popular na cidade da Guatemala e trabalhava em uma empresa de táxi temporariamente nas suas férias (CORTE IDH, 2014, par. 92). Ela desapareceu após um dia de trabalho e seu corpo foi encontrado com vestígios de morte violenta.

Em relação à situação de vulnerabilidade dessas mulheres, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em relatório sobre a situação dos direitos econômicos sociais e culturais, manifestou:

Asimismo, la Comisión Interamericana manifiesta su preocupación ante la situación de grupos en particular riesgo a violaciones de sus derechos humanos en este ámbito, como las trabajadoras domésticas, las trabajadoras en el sector informal, las mujeres que laboran en las maquilas, las mujeres indígenas, afrodescendientes, las niñas, y las migrantes, entre otras, que usualmente no gozan de protecciones laborales suficientes y que aún no reciben las protecciones debidas dentro del marco normativo (CIDH, 2011, par. 114).

A Corte IDH entendeu que o México teria uma obrigação de garantia dos direitos estabelecidos na Convenção, conforme a interpretação de seu artigo 1.1. Isso significa que não basta que os Estados se abstenham de violar direitos, mas é necessário adotar medidas positivas de prevenção e proteção (CORTE IDH, 2009, par. 243). Em Campo

Algodonero, assim como em Veliz Franco, a Corte considerou que o Estado não cumpriu seu dever específico de proteção e prevenção da violência contra a mulher, derivados de uma interpretação sistemática da CADH com a CBP.

Uma das principais contribuições desses casos é o rompimento com a lógica público/privado criticada pelas feministas como responsável por invisibilizar a violência de gênero. A Corte IDH em ambos os casos responsabilizou os Estados pela ação de particulares devido à ausência de prevenção desses crimes e posterior investigação e punição dos responsáveis, estabelecendo parâmetros importantes para a proteção dos direitos humanos das mulheres de violações ocorridas no âmbito privado. Nesse caso, o órgão judicial deixou claro que o “privado é público” quando se trata de violência de gênero.

Sendo assim, em ambos os casos a Corte adotou a **doutrina do risco previsível e evitável**, para atribuir a responsabilidade estatal pelos feminicídios em Juárez e na cidade da Guatemala:

Ahora bien, conforme a jurisprudencia de la Corte es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo (CORTE IDH, 2009, par. 280, grifo nosso).

Segundo Abramovich, a doutrina do risco aponta para uma obrigação estatal indireta pelo não cumprimento dos deveres de prevenção e proteção frente aos atos de particulares (ABRAMOVICH, 2010, p. 175).

Adicionalmente, em ambos os casos, por se tratar de um contexto estrutural de violência contra mulher, a doutrina do risco é associada a um componente particular, devido à existência, no caso concreto, de um dever de devida **diligência reforçado** pelo artigo 7º da Convenção de Belém do Pará. Este trecho do Caso Veliz Franco exemplifica bem esse dever adicional de devida diligência:

Por lo expuesto, a fin de dilucidar la existencia de responsabilidad internacional estatal, debe determinarse si, en el caso concreto, existía una situación de riesgo atinente a la niña y si, respecto de la misma, el Estado pudo

adoptar, en el marco de sus atribuciones, medidas tendientes a prevenirla o evitarla y que razonablemente juzgadas, fueran susceptibles de lograr su cometido. A tal efecto, es necesario evaluar si: a) el Estado tuvo oportunamente, o debió tener, conocimiento de la situación de riesgo real e inmediata en que se encontraba a María Isabel Veliz Franco²³⁵; b) si, en su caso, tuvo posibilidades razonables de prevenir o evitar la consumación y, de ser así, c) si concretó la diligencia debida con medidas o acciones para evitar la lesión de los derechos de la niña nombrada (CORTE IDH, 2014, par.142, grifo nosso).

Em Campo Algodonero e Veliz Franco, os Estados não cumpriram esses deveres por razões semelhantes: a) devido ao contexto estrutural de violência e discriminação contra a mulher, evidenciado em diversos relatórios de organizações internacionais, o México e a Guatemala conheciam uma situação de risco real e imediato em relação às jovens (CORTE IDH, 2009, par. 278, 283; 2014, par. 147); b) ao tomar conhecimento do desaparecimento por meio denúncias dos familiares às forças policiais, ambos os Estados não adotaram medidas razoáveis para prevenir ou evitar a consumação das violências (CORTE IDH 2009 par. 283; 2014, par. 155); e c) não foram adotadas medidas de devida diligência perante as denúncias de desaparecimento de mulheres, como a busca efetuada nas primeiras horas e dias (CORTE IDH, 2009, par. 284; 2014, par. 157). As investigações em Juárez e na Guatemala não foram reais e efetivas após a notícia do desaparecimento das jovens, sendo que as forças policiais questionaram as versões das famílias e negaram a urgência dos casos.

Um dos principais parâmetros estabelecidos por esses dois casos sobre feminicídio tange a interpretação das obrigações gerais dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana à luz das disposições da Convenção de Belém do Pará nos artigos 7 (b) e (c). Dessa forma, surge para o Estado uma obrigação de devida diligência reforçada de investigar e, se for o caso, sancionar os responsáveis pela violência contra a mulher⁶ (CORTE IDH, 2014, par. 185). Assim, é dever do Estado iniciar ex officio e sem demora uma investigação séria, imparcial e efetiva, considerando todas as conotações discriminatórias por razão de gênero um ato de violência contra a mulher, especialmente quando há indícios de violência sexual (2014, par. 186-187).

No momento de investigar a violência, ficou provado que os agentes estatais teriam justificado a ausência de ações, pelo fato de as vítimas terem provavelmente “saído com os namorados”, “gostavam de se divertir e sair para dançar” e que, de certa forma,

⁶ É importante ressaltar que, em diversas oportunidades, a Corte IDH determinou que o dever de investigar e punir derivado dos artigos 8º e 25 da CADH é uma obrigação de meio e não de resultado, que deve ser assumida não como uma simples formalidade (CORTE IDH, 2009, par. 289).

eram responsáveis por suas mortes. Esses estereótipos de gênero presentes nas falas e ações das autoridades policiais foram considerados pela Corte uma expressão da subordinação da mulher (CORTE IDH, 2009, par. 401).

Nesse sentido, a Corte encontra nas injustiças de reconhecimento as causas para a violência de gênero. Em especial, enxerga na existência de padrões culturais de desvalorização da mulher que impedem seu acesso de forma paritária aos recursos judiciais, a perpetuação dessa violência. Por isso, concluiu pela primeira vez que a investigação dos casos de violência contra a mulher deve incluir uma perspectiva de gênero (CORTE IDH, 2009, par. 455), adotando remédios de reconhecimento para essa violação.

Esse entendimento é consolidado e mais bem desenvolvido no Caso Veliz Franco, quando a Corte entendeu que a consideração do comportamento, das atividades noturnas, da roupa e de suas relações amorosas demonstrava a incorporação de estereótipos de gênero na investigação (CORTE IDH, 2014, par. 212). Para a Corte IDH, esses estereótipos tiveram um impacto negativo nas investigações por transferir a culpa dos acontecimentos para a vítima, implicando a violação tanto do artigo 1.1, referente à proibição da discriminação, quanto do artigo 24, referente à igual proteção da lei. Com efeito, a partir desse caso paradigmático, a exclusão da perspectiva de gênero das investigações de atos de violência contra a mulher passa a ser considerada uma violação conjunta da igualdade e da não discriminação.

O trecho abaixo evidencia o posicionamento da Corte desenvolvido nesses dois casos sobre a violência contra mulher como uma forma de discriminação, e a relação entre a impunidade e a perpetuação desses atos:

La Corte reitera que la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación [de la mujer] en el acceso a la justicia. Por ello, cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios que tuvo un acto de violencia contra la mujer, puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género (CORTE IDH, 2014, par. 208)

A partir dessa leitura, fica clara a forma como a Corte vem trabalhando o tema da discriminação das mulheres como um problema de desigualdade no acesso à justiça criminal (LIMA, 2013, p. 116). Nesse contexto, a Corte continuou apostando no efeito transformador do acesso à justiça às vítimas como o principal elemento de combate a essas desigualdades estruturais (CLÉRICO; NOVELLI, 2014, p. 47), apesar das diversas ressalvas da insuficiência estrutural dessa medida reparatória feitas por parte do feminismo crítico (MAQUEDA, 2008; CAMPOS, 1998).

Essa posição é evidenciada na determinação de reparações no Caso Campo Algodonero. Apesar de entender que, diante da situação de discriminação estrutural do caso, uma reparação integral deveria ter uma vocação transformadora, de tal forma a possibilitar um efeito restitutivo e corretivo (CORTEIDH, 2009, par. 450), a Corte IDH limitou-se a determinar como medidas de não repetição: a) a inclusão da perspectiva de gênero nas investigações; e b) a capacitação de funcionários diretamente vinculados à prevenção, investigação e persecução da violência contra a mulher (2009, par. 541-542). Em Veliz Franco, a Corte nem ao menos analisou o pedido dos representantes das vítimas acerca da adoção de programas institucionais visando eliminar estereótipos discriminatórios que impedem seu acesso à justiça, considerando que não há razões para duvidar que a proteção dos direitos humanos de meninas e mulheres não possam ser garantidos pelos programas já existentes (2014, par. 277).

Contudo, a principal deficiência desses casos é a Corte não ter adotado um conceito de igualdade de gênero capaz de integrar, ao mesmo tempo, redistribuição e reconhecimento. Isso decorre de a Corte ter desconsiderado que as mulheres vítimas em Juárez e na Guatemala não eram apenas mulheres, mas também mulheres jovens, pobres e inseridas em relações de trabalho precárias. Essas condições socioeconômicas afetaram de forma específica as violações de direitos humanos das quais foram vítimas.

No que tange à incorporação de teorias feministas na decisão da Corte no Caso Campo Algodonero, Juana Lopez considera que a desconsideração da pobreza dessas mulheres reflete uma concepção de feminismo que enxerga as mulheres como uma categoria universal e única, desconsiderando que a intersecção de outras formas de opressão tem impactos particulares nas violações de direitos humanos das mulheres de Juárez (LOPEZ, 2012, p. 46-47).

Os representantes das vítimas no Caso Campo Algodonero tentaram incluir, mesmo que de forma modesta, a dimensão redistributiva nas injustiças de gênero ocorridas em Juárez, ao afirmar que estas mulheres foram vítimas de uma dupla discriminação:

más allá de la violencia por su género, las niñas y las mujeres juarenses sufren una doble discriminación, ya que el origen humilde de Claudia, Laura y Esmeralda, como las niñas y mujeres asesinadas o que son reportadas

como desaparecidas, así como de las madres y familias de estas mujeres, también genera una discriminación de clase social". Añadieron que los daños generados por los hechos del caso "se intensifican porque tienen como causa mantener la desigualdad y la discriminación de las mujeres" (CtIDH, 2009, par. 391)

Fraser também estabelece um vínculo entre a violência de gênero e a pobreza ao afirmar que "needy women with no other way to feed themselves and their children, for example, are liable to exploitation – by abusive husbands, by sweatshop foremen, and by pimps" (1997a, p. 46).

No entanto, a Corte desconsiderou esses argumentos pautados nas injustiças socioeconômicas enfrentadas pelas mulheres e sua relação com a violência de gênero.

Em *Veliz Franco e Campo Algodonero*, a Corte deu ênfase apenas às desigualdades de gênero causadas pela existência de padrões socioculturais que desvalorizam o feminino e determinam papéis sociais baseados em fatores biológicos, como o sexo. A Corte IDH não compreendeu que a condição de pobreza e de subordinação socioeconômica dessas mulheres gera múltiplas barreiras para o seu acesso a direitos (ALBERTYN, 2011) em paridade de participação nos mais diversos espaços (FRASER, 2010, p.16).

A despeito de esse caso demonstrar claramente a duplicidade da demanda de gênero que, ao mesmo tempo, gera injustiças redistributivas e de reconhecimento, a Corte não foi capaz de identificá-las e propor remédios específicos para cada uma delas. Infelizmente, também não conseguiu abordar a complexidade da interseccionalidade do gênero com outros eixos de desigualdade para efeitos de redistribuição e reconhecimento.

De certa forma, essas conclusões evidenciam a dificuldade da Corte IDH de intensificar linhas de trabalho que relacionem direitos ESC e violência de gênero (CLÉRICO; NOVELLI, 2014, p. 62), mas também evidenciam os desafios de aplicar esses precedentes clássicos para desenvolver parâmetros de proteção dos direitos ESC (CELORIO, 2011, p. 863-864) que possam dar pleno conteúdo normativo ao artigo 26 da Convenção Americana em sua integridade.

3.1.3 Violência de Gênero e Mulheres Indígenas

A Corte IDH enfrentou em dois casos contra o México as vulnerabilidades específicas de mulheres indígenas em relação à violência de gênero: *Fernández Ortega e Rosendo Cantú*.

Novamente a delimitação do contexto em que ocorreram as violações de direitos mostrou-se essencial para que a Corte adotasse uma perspectiva de gênero. Em am-

bos os casos foi descrita a situação de extrema vulnerabilidade social enfrentada por comunidades indígenas na região de Guerrero, no México, onde a presença de militares para combater o crime organizado tem afetado diretamente seus direitos fundamentais (CORTE IDH, 2010b, par. 78; 2010b, par. 70). Adicionalmente, a Corte ressaltou que as mulheres indígenas são afetadas de uma maneira particular pela violência institucional castrense, que inclui a violação sexual.

Fernández Ortega e Rosendo Cantú são mulheres indígenas pertencentes à comunidade indígena Me'phaa. Elas foram vítimas de estupro por agentes militares do Estado nas proximidades de suas casas, nesse contexto de militarização em Guerreiro descrito pela Corte.

Ao analisar as provas referentes aos estupros ocorridos, a Corte entendeu que, por ser considerado um tipo particular de agressão, caracterizado por produzir-se na ausência de outras pessoas, além da vítima e do agressor/agressores, a declaração daquela constitui prova fundamental sobre os fatos (CORTE IDH, 2010b, par. 100; 2010b, par. 78).

Especificamente no Caso de Rosendo Cantú, é significativo o reconhecimento da ocorrência do estupro, apesar de a vítima não ter indicado nas primeiras consultas ter sido exposta a violência sexual. A Corte entendeu que esses fatos deveriam ser contextualizados em razão das circunstâncias próprias do caso e da vítima. Assim, (I) considerou que os crimes de estupro são raramente denunciados. (II) Em comunidades indígenas, esse fator é agravado em face das particularidades culturais e sociais; (III) Adicionalmente, entendeu que Rosendo Cantú era uma criança que, durante e após os fatos, foi ameaçada pelos grupos militares, não se sentindo à vontade para relatar (CORTE IDH, 2010b, par. 95).

É por essas razões que a Corte IDH determinou que as investigações penais de violações de direitos humanos devem observar alguns princípios. O testemunho de vítimas de violência sexual deve ser realizado em um ambiente seguro, cômodo com privacidade e segurança (CORTE IDH, 2010b, par. 194). Ademais, deve-se evitar ao máximo as repetições das declarações, vez que essas podem provocar uma revitimização (2010b, par. 180).

Essa revitimização pode ocorrer em diversos espaços do sistema de justiça, inclusive em cortes de direitos humanos. O Caso Dianna Ortiz exemplifica esse processo (CIDH,1996). Quando a CIDH considerou encaminhar o caso contra a Guatemala à Corte, a representante legal da vítima solicitou que este não fosse remetido para evitar a experiência traumática de reviver os atos de tortura e violação sexual (CLÉRICO; NOVELLI, 2014, p. 22).

Em relação ao Caso Castro Castro, os precedentes de Fernández Ortega e Rosendo Cantú expandem a interpretação da Corte para considerar o estupro uma forma paradigmática de violência de gênero que transcende a pessoa da vítima (CORTE IDH, 2010b,

par. 109). Ressaltou que a violação sexual é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens, e que afeta todos os setores da sociedade (CBP, 1994, Preâmbulo).

A Corte IDH ainda fez uma análise dos impactos da violência sexual na vida privada das mulheres, impedindo que estas possam tomar decisões a respeito da sua vida sexual, perdendo inclusive o controle sobre as decisões mais íntimas relacionadas ao seu corpo (CtIDH, 2010b, par. 129). Assim, em ambos os casos considera a prática da violência sexual contra mulheres uma violação do artigo 11, de forma a ampliar o escopo de proteção. Esse entendimento será utilizado posteriormente pela Corte nos casos de violação sexual de mulheres encarceradas (CORTE IDH, 2014b).

Uma vez que os atos praticados pelos militares foram intencionais, causaram um sofrimento físico e severo e tiveram como finalidade intimidar, castigar, degradar e humilhar as vítimas, as violações sexuais cometidas contra essas mulheres indígenas são qualificadas juridicamente como atos de tortura (CORTE IDH, 2010b, par. 121-128). Para a Corte IDH, mesmo tendo sido praticado fora das dependências estatais, a agressão sexual a qual essas mulheres foram submetidas cumprem com os elementos subjetivos e objetivos da tortura (2010b, par. 128).

Também nesses dois casos a Corte avaliou que o Estado mexicano não cumpriu com seu dever reforçado de ator com devida diligência na investigação e punição da violência de gênero derivado dos artigos 8º e 25 da Convenção Americana, complementados e reforçados pelo artigo 7(b) da Convenção de Belém do Pará.

Em Rosendo Cantú, a Corte determinou que houve discriminação em prejuízo do acesso à justiça por não terem sido fornecidos intérpretes quando se requereu atenção médica, nem quando apresentou as denúncias iniciais, não tendo acesso ao andamento processual no seu idioma. Nesse sentido, o México não proveu uma proteção judicial efetiva e sem discriminação, pois esta não levou em consideração as especificidades e costumes do povo Me'phaa (CORTE IDH, 2010b, par. 184-185).

A Comissão alegou que os obstáculos ao acesso à justiça que as mulheres indígenas enfrentam geralmente estão relacionados à existência da exclusão social e discriminação étnica, e são particularmente críticos, pois se trata de 'violações combinadas' (CORTE IDH, 2010b, par. 169). Nesse contexto, fica claro que os elementos socioeconômicos se combinam com elementos culturais para perpetuar injustiças de gênero e impedir o acesso à justiça em paridade de participação das mulheres indígenas. Sendo assim, o combate a essas opressões de gênero demanda da Corte encarar as violações de direitos humanos em ambos os casos como demandas de redistribuição e reconhecimento.

Da mesma forma que em Campo Algodonero e Veliz Franco, a Corte não foi capaz de identificar como causa da violência de gênero a condição de pobreza dessas mulhe-

res indígenas. Desconsiderou, assim, desigualdades de gênero enraizadas na estrutura econômica.

Contudo, é possível identificar alguns elementos redistributivos no discurso da Corte IDH ao tratar do direito à saúde da mulher vítima de violações sexuais. Em ambos os casos, a Corte reconhece o direito social à saúde na estrutura de violações de direitos civis e políticos. Em Fernández Ortega, a Corte considerou que a carência de recursos materiais médicos adequados impactou na atenção devida à vítima e na investigação da violação constituindo uma violação do dever de atuar com devida diligência, previstas nos artigos 8º e 25 em relação ao 1.1 da CADH (CORTE IDH, 2010b, par. 197). Em Rosendo Cantú, a falta de acesso aos serviços primários de saúde após a violação sexual, como a realização de exames e consulta por parte de médicas ginecologistas, foi considerada uma violação do direito à integridade pessoal previsto no artigo 5º da CADH (2010b, par. 125). Neste caso, é evidente a litigância estratégica utilizada por ativistas para promover a implementação de direitos ESC (BREWER, CAVALLARO, 2008, p. 86-87).

Em Rosendo Cantú e Fernández Ortega, a Corte ainda determinou que houve discriminação em prejuízo do acesso à justiça por não terem sido fornecidos intérpretes quando requereu atenção médica, nem quando apresentou as denúncias iniciais, não tendo acesso ao andamento processual no seu idioma. Nesse sentido, o México não proveu uma proteção judicial efetiva e sem discriminação, pois esta não levou em consideração as especificidades e costumes do povo Me'phaa (CORTE IDH, 2010b, par. 200-201; 2010b, par. 184-185). Assim, evidenciou injustiças de reconhecimento que diretamente impediram o acesso à justiça da vítima.

É preciso avaliar, que ao determinar razões étnicas para os obstáculos ao acesso à justiça, evidencia-se a intersecção de eixos de desigualdade no âmbito do reconhecimento, vez que Rosendo Cantú e Fernández Ortega são mulheres e indígenas. Celorio considera um dos principais desafios da Corte a definição do conceito de interseccionalidade em relação às obrigações de proteção no âmbito do artigo 1.1 (2011, p. 859-860) e admite limitações nos precedentes da Corte ao lidar com múltiplas formas de discriminação:

The Court also delves in Fernandez Ortega and Rosendo Cantu into the need for a gender and indigenous perspective in the adoption of measures designed to protect the right of indigenous women to adequate access to justice and the grant of reparations. The analysis of the Court on this issue, however, is limited to the language barriers the victims faced in their pursuit of justice (CELORIO, 2011, p. 860).

Ainda em relação à análise de mérito do caso, resta fazer uma crítica à Corte IDH por não ter analisado a violação do artigo 16 em relação ao 1.1 da CADH, no Caso Fernández Ortega (CORTE IDH, 2010b, par. 219). Os representantes alegaram que a violação de gênero ao qual foi submetida Fernández Ortega estava associada à sua participação em um movimento de defesa das mulheres de sua comunidade, a OPIM. Se a demanda por justiça de gênero requer paridade de participação, o vínculo da violência sofrida por Fernández Ortega por conta da sua participação em um movimento mulheres tem como finalidade exatamente criar obstáculos à participação de mulheres. Assim, promover justiça social para mulheres, nesse caso, também dependia de uma consideração mais pormenorizada dessa violação.

Embora não tenha sido evidenciado com clareza o entrelaçamento de injustiças econômicas e culturais para determinar as violações de direitos humanos das quais Rosendo Cantú e Fernández Ortega foram vítimas, a Corte IDH apresenta algumas reparações que integram elementos redistributivos e de reconhecimento. Isso decorre especialmente da consideração em sua jurisprudência de que a violência contra a mulher repercute também na comunidade e no grupo ao qual pertence (CLÉRICO; NOVELLI, 2014, p. 57).

Assim, foram determinadas reparações destinadas a oferecer tratamento psicológico específico para as vítimas de violência sexual (CORTE IDH, 2010b, par. 252; 2010b, par. 253). A capacitação em direitos humanos das Forças Armadas, que incluía temas como gênero e direitos dos povos indígenas (2010b, par. 262) e a concessão de bolsas de estudo para Rosendo Cantú, sua filha, (2010b, par. 257) e também para as filhas de Fernández Ortega (2010b, par. 264). No caso específico das filhas de Fernández Ortega, a Corte considerou que a violência de gênero e a distância dos centros escolares são um obstáculo para que possam estudar, assim como muitas outras meninas Me'phaa, determinando o oferecimento de alojamento e alimentação adequada para tornar possível o seu acesso à educação.

Dessa forma, ao fornecer bolsas de estudos para meninas e mulheres indígenas, a Corte claramente estabeleceu remédios que integram redistribuição e reconhecimento para responder à desigualdade estrutural que impede as mulheres de acessarem iguais oportunidades de educação. Com efeito, o acesso à educação de mulheres é essencial para a alteração das estruturas econômicas que perpetuam a desigualdade de gênero, ao mesmo tempo que permitem às mulheres participar do espaço público questionando os papéis de gênero e as construções socioculturais que determinam o comportamento de homens e mulheres.

Mais do que isso, em Fernández Ortega, a Corte determinou a construção de um centro comunitário que:

constituya como centro de la mujer, en el que se desarrollen actividades educativas en derechos humanos y derechos de la mujer, bajo responsabilidad y gestión de las mujeres de la comunidad, incluida la señora Fernández Ortega si así lo desea. (CORTE IDH, 2010b, par. 267).

Essa medida promove diretamente o empoderamento de mulheres indígenas na região, uma vez que o Centro desenvolverá atividades educativas a partir da supervisão e gestão de mulheres da comunidade de forma a promover a paridade de participação. Essa medida de reparação também engloba – ao mesmo tempo – remédios redistributivos e de reconhecimento, inclusive a partir da intersecção dos eixos de desigualdade: gênero e etnia.

3.2 Direitos Reprodutivos e Sexuais: uma demanda de gênero

Em apenas um caso a Corte enfrentou o tema de direitos reprodutivos e sexuais. Trata-se do litígio *Artavia Murillo v. Costa Rica* referente à proibição da prática de fertilização *in vitro* pela Corte Suprema de Justiça, por considerá-la uma violação do direito à vida dos embriões que supostamente seriam protegidos pelo artigo 4º da CADH.

Nesse sentido, a Corte delimitou, primeiramente, as interferências e o alcance dos direitos à vida privada e familiar e ao direito à integridade pessoal em relação à autonomia pessoal e saúde sexual referente à proibição da prática da fertilização.

A Corte IDH adotou uma interpretação ampla do direito à liberdade pessoal e à vida privada previstos nos art. 7º e 11 da CADH, respectivamente. A liberdade pessoal passou a incluir a possibilidade de todo ser humano “escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme suas opções e convicções” (CORTE IDH, 2012b, par. 142). De outro lado, o direito à vida privada abarca uma série de fatores relacionados com a dignidade do indivíduo, autonomia pessoal e todas as condições para o livre desenvolvimento de sua personalidade (2012b, par. 143).

Estabelecidos esses marcos, a Corte determina que a maternidade é uma parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade das mulheres (CORTE IDH, 2012b, par. 143). É preciso fazer uma ressalva a essa interpretação da Corte, pois dependendo do contexto em que é aplicado pode ser responsável por reforçar estereótipos de gênero, segundo os quais ser mãe é visto naturalmente como um papel e responsabilidade da mulher.

Em todo caso, em seguida a Corte desenvolve o entendimento de que a decisão de ser pai ou mãe é parte de uma escolha protegida pelo direito à vida privada, e inclui a de-

cisão de ser pai ou mãe no sentido genético e biológico para efeitos desse caso. Assim, a proibição da fertilização *in vitro* também tem impactos no direito à constituição de uma vida familiar.

A partir dos fatos desse caso, o conceito de vida privada é ampliado para incluir a autonomia reprodutiva e o acesso aos serviços de saúde reprodutiva, considerando as mais novas tecnologias médicas (CORTE IDH, 2012b, par. 146). A Corte estabeleceu uma importante relação entre a integridade física e psicológica, a saúde reprodutiva e o direito à vida privada. Pode-se mais uma vez detectar a litigância estratégica de ativistas de direitos humanos que incluem uma perspectiva de direitos ESC, como o direito à saúde, a partir da articulação com direitos civis e políticos (BREWER; CAVALLARO, 2008, p. 86-87).

O avanço da jurisprudência da Corte foi incluir uma perspectiva de gênero ao analisar o escopo dos direitos reprodutivos. Vale lembrar que a formulação do conteúdo dos direitos reprodutivos teve início nos projetos de desconstrução da maternidade como um dever, por meio da luta pelo direito ao aborto e anticoncepção em países desenvolvidos (MATTAR, 2008, p. 63).

A incorporação da perspectiva gênero é de especial importância, quando consideramos que historicamente o corpo das mulheres foi objeto de intervenções no âmbito reprodutivo. Exemplos são as esterilizações forçadas de mulheres ocorridas no Peru como política de Estado na década de 1990 (CIDH, 2003, par. 9) ou a proibição do aborto em diversos países latino-americanos, a exemplo do Brasil. Dessa forma, os parâmetros estabelecidos nesse caso mostram-se importantes para avançar a agenda dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres na linguagem dos direitos humanos.

Dessa forma, para avaliar o impacto da proibição da fertilização *in vitro*, a Corte importou parâmetros interpretativos consolidados pela Cedaw em seu artigo 16, segundo o qual as mulheres possuem o direito de decidir livremente sobre o número de filhos e os intervalos de nascimento, e têm direito ao acesso à informação, educação e meios que permitam a elas exercer esses direitos (CORTE IDH, 2012b, par. 146). Assim, a existência de obstáculos ao controle pelas mulheres da sua fertilidade e fecundidade é vista como uma violação desse direito.

Para a Corte, a proibição da prática de fertilização *in vitro* afeta tanto homens quanto mulheres e produz efeitos desproporcionais diferentes por conta da existência de estereótipos e preconceitos na sociedade (CORTE IDH, 2009, par. 294). Assim, as mulheres inférteis tendem a ser vítimas de discriminações devido à existência de um estereótipo de gênero segundo o qual a mulher é a criadora básica da família.

A partir da análise de relatórios de peritos e outros órgãos internacionais, a Corte IDH evidenciou a existência de padrões culturais e simbólicos que devem integrar a análise dos direitos reprodutivos:

[...] la OMS ha señalado que si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad. En estas situaciones el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, la estigmatización e incluso el ostracismo (CORTE IDH, 2009, par. 296).

No que tange à proibição da fertilização in vitro, os impactos discriminatórios e desproporcionais sobre as mulheres estão vinculados à existência de determinantes socioeconômicos, políticos, culturais e históricos, segundo os quais as mulheres são criadas para serem esposas e mães:

El impacto de la incapacidad fértil en las mujeres suele ser mayor que en los hombres, porque [...] la maternidad le[s] ha sido asignada como una parte fundante de su identidad de género y transformada en su destino. El peso de su autoculpabilización aumenta en un grado extremo cuando surge la prohibición de la FIV [...]. Las presiones familiares y sociales constituyen una carga adicional que incrementa la autoculpabilización (CORTE IDH, 2009, par. 298)

Adicionalmente, a Corte destacou que um maior impacto negativo da proibição da fertilização in vitro também decorre do fato de as intervenções médicas serem realizadas em seus corpos (CORTE IDH, 2009, par. 299).

Sendo assim, a proibição da realização da fertilização in vitro por parte de mulheres inférteis foi considerada uma discriminação indireta em relação ao gênero. A suposta neutralidade dessa norma que proíbe a referida fertilização foi questionada por, na realidade, afetar de forma desproporcional as mulheres (CORTE IDH, 2012b, par. 294-302).

A compreensão da proibição da fertilização in vitro como uma discriminação indireta, pelo fato de a suposta norma neutra incorporar estereótipos de gênero e afetar de forma desigual as mulheres, evidencia a identificação de injustiças de reconhecimento nessa prática. A Corte inclusive adotou remédios de reconhecimento, destinados a superar esses padrões culturais simbólicos, quando determinou a realização de programas e cursos de educação e capacitação em direitos humanos, direitos reprodutivos e não discriminação para funcionários judiciais de todas as áreas (CORTE IDH, 2012b, par. 241).

Contudo, a Corte não avaliou de que forma a desigualdade socioeconômica de mulheres também impacta no exercício de seus direitos reprodutivos. Por mais que a Corte

tenha determinado a violação do art. 1.1 em face da discriminação indireta em relação aos casais que não apresentavam recursos econômicos, não estabeleceu um vínculo entre as injustiças redistributivas e de reconhecimento para avaliar o impacto do acesso por mulheres aos direitos reprodutivos em igualdade. Da mesma forma, não foram estabelecidas reparações que integrassem essas duas perspectivas.

3.3 Orientação Sexual e Identidade de gênero

Em 2012, a Corte IDH emitiu a sentença paradigmática do Caso Atala Riffo v. Chile (CORTE IDH, 2012). Pela primeira vez, o principal órgão de supervisão de direitos humanos das Américas decidiu que a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero é uma das categorias protegidas na chave de “outras condições sociais” do artigo 1.1. da CADH (2012, par. 91; AMAO, 2012). Sendo assim, foi determinado que diante da interpretação mais favorável ao indivíduo e da grave preocupação com os atos de violência e discriminação cometidos contra pessoas lésbicas, gays, trans e bissexuais, nenhuma norma, decisão ou prática pode restringir os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual.

O caso trata especificamente da decisão discriminatória da Suprema Corte do Chile que ilegalmente retirou a custódia de Karen Atala de suas filhas em decorrência de sua orientação sexual. A decisão da Suprema Corte, nesse caso, teve origem no processo judicial de custódia aberto contra Karen Atala na Corte Juvenil pelo seu ex-marido, alegando que esta não seria capaz de criar suas filhas por conta de sua escolha de vida sexual e de manutenção de uma relação homoafetiva (CORTE IDH, 2012, par. 31). Argumentou, ainda, supostos riscos que as crianças enfrentavam de contrair doenças sexualmente transmissíveis.

Nessa oportunidade, a Corte entendeu que a decisão da Suprema Corte implicou uma violação dos direitos à vida privada, à família e das crianças de Atala Riffo, bem como de suas filhas.

Mulheres lésbicas e transgêneros comumente são mais vulneráveis a violações de direitos humanos em face da prevalência de desigualdades de gênero que afetam sua relação social e familiar (CELORIO, 2012, p. 362). Segundo o Comitê da Cedaw, é necessário que os Estados identifiquem fatores que combinam sexualidade e gênero para combater discriminação de mulheres:

Discrimination on the basis of sex or gender may affect women belonging to such groups to a different degree or in different ways than men. States parties must legally recognize and prohibit such intersecting forms of discrimi-

mination and their compounded negative impact on the women concerned. They also need to adopt and pursue policies and programmes designed to eliminate such occurrences [...] (CEDAW, 2010, par. 18)

Dessa forma, é simbólico que o primeiro caso do sistema interamericano a abordar o tema da orientação sexual seja um caso da discriminação sofrida por mulheres lésbicas, comumente invisibilizadas. Em outros casos julgados por cortes internacionais de direitos humanos, a perda da custódia de filhos em razão da orientação sexual está relacionada à situação de homens homossexuais, como em *Salgueiro da Silva Mora v. Portugal* da Corte Europeia de Direitos Humanos (SANTOS, 2012, p. 239-245).

Em sua sentença, a Corte Europeia considera que para comprovar que a diferenciação de tratamento foi discriminatória, não é imprescindível que a totalidade da sentença esteja baseada na orientação sexual (CORTE IDH, 2012, par. 94). Sendo assim, a Corte IDH determinou alguns pontos nos quais a decisão da Suprema Corte chilena foi discriminatória: (I) interesse superior da criança não poder ser utilizado para amparar a discriminação contra seus pais em face de sua orientação sexual; (II) uma possível discriminação social das filhas de Atala Riffo não é adequada para proteger o interesse superior da criança; (III) a confusão dos papéis sociais não pode ser justificativa para retirar a custódia de um dos pais; e (IV) a CADH não protege um conceito limitado de família.

Interessa para a perspectiva de gênero desta decisão os dois últimos argumentos utilizados pela Corte IDH. Para definir a inadequação da decisão da Suprema Corte chilena, a Corte considera que a proibição da discriminação por orientação sexual exige uma fundamentação mais rigorosa e de muito mais peso. Por isso, foi invertido o ônus da prova, cabendo ao Estado demonstrar que não teria um efeito discriminatório (CORTE IDH, par. 43). Diferentemente da análise da CIDH, apesar de adotar o exame estrito da igualdade, a Corte não desenvolveu detalhadamente quais são seus requisitos ou considerou a orientação sexual como uma categoria suspeita, o que resultaria em uma presunção da discriminação⁷.

Considerou que a orientação sexual é um componente essencial da identidade e da vida privada de uma pessoa, não sendo cabível exigir da Sra. Atala abandonar seu projeto de vida e família, que incluía uma relação homoafetiva. Consequentemente, a Corte considerou o argumento de que Sra. Atala teria abandonado seu papel de mãe ao optar por estabelecer uma relação homoafetiva, um reflexo de uma concepção "tradicional" sobre o papel da mulher como naturalmente mãe:

⁷ Esse detalhamento será realizado apenas quando a Corte analisar o Caso *Gonzales Lluy e outros v. Equador*, que será abordado no próximo tópico.

[...] la Corte considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Por tanto, la Corte considera que bajo esta motivación del supuesto privilegio de los intereses personales de la señora Atala tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas (CORTE IDH, par. 140, grifo nosso).

Para Clérico, o argumento utilizado pela Corte nesse trecho é de extrema importância, pois poderia ser aplicado a qualquer tipo de discriminação contra a mulher quando essas são excluídas, em razão de uma construção social histórica e excludente de um suposto papel social da mulher (2012, p. 91).

A Corte ainda considerou que é preciso romper com a visão limitada e estereotipada incorporada no conceito de ‘família estruturada normalmente e apreciada em seu meio social’ que inclui apenas as relações heterossexuais. Justifica sua afirmação pelo fato de a Convenção Americana não estabelecer uma única definição de família, ou mesmo reduzida ao matrimônio (CORTE IDH, 2012, par. 142, 145). Dessa forma, a Corte critica claramente a existência de padrões culturais que consideram normativas algumas categorias de atores sociais – heterossexual é normal – enquanto inferiores e deficientes outras – lésbicas e gay.

O exame da discriminação em razão da orientação sexual e gênero da Sra. Atala agregou claramente uma perspectiva da igualdade como reconhecimento. Para determinar as reparações de garantia de não repetição a Corte referiu-se ao contexto estrutural de desigualdade de minorias sexuais e destacou a necessidade de reparações transformadoras:

La Corte resalta que algunos actos discriminatorios analizados en capítulos previos se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales (supra párr. 92), particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno. Por ello, algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desar-

ticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI. (CORTE IDH, 2012, par. 265, grifo nosso).

No entanto, as reparações concedidas pela Corte não refletem esse caráter transformador. Entre as medidas outorgadas, apenas a capacitação de funcionários públicos a partir de eixos de direitos humanos, orientação sexual, discriminação e direito das pessoas LGBTI tende, em longo prazo, a alterar as concepções culturais excludentes de gênero e sexualidade.

A Corte perdeu ainda a oportunidade de determinar como medida de reparação a reformulação das medidas de direito interno discriminatórias, em especial as referentes ao casamento e à adoção que claramente impede pessoas homossexuais de participar em paridade nos arranjos sociais. Como resposta à demanda dos representantes das vítimas, a Corte se limitou a realizar considerações sobre o controle de convencionalidade que deve ser feito por todas as esferas do Estado (CORTE IDH, 2012, par. 284).

3.4 Interseccionalidade e Igualdade de Gênero

O conceito de interseccionalidade surge no movimento feminista negro (CRENSHAW, 1989) a partir da crítica da utilização de raça e gênero como categorias exclusivas na análise sobre discriminações, o que gerava em muitos momentos a exclusão das mulheres negras dos discursos do movimento negro e feminista (CRENSHAW, 1989).

Dessa forma, na teoria prática feminista atual, “mulher” não pode ser uma categoria unitária, uma vez que as estruturas globais de poder constituem e representam de maneira diferenciada o gênero (BRAH, 2006, p. 341), surgindo categorias de “mulheres da classe trabalhadora”, “mulheres indígenas”, “mulheres negras”, por exemplo.

A teoria de Nancy Fraser incorpora a noção de interseccionalidade de eixos de desigualdade, ressaltando o desafio de pensar a justiça social como redistribuição e reconhecimento em um campo amplo de “lutas intersectadas contra, múltiplas intersecções de injustiças” (1997, p. 32).

Algumas autoras consideraram como um dos desafios da Corte para avançar na promoção da igualdade de gênero a incorporação do conceito de interseccionalidade (CELORIO, 2011; LOPEZ, 2012). Isso decorre do fato de a discriminação contra mulher raramente ocorrer de forma isolada. Na realidade, as opressões são articuladas por outros fatores como orientação sexual, identidade de gênero, idade, raça e outros (CELORIO, 2012, p. 361).

Em 2015, a Corte endereçou pela primeira vez o tema das consequências da interseccionalidade na discriminação. Trata-se do caso paradigmático Gonzales Lluy e outros v.

Equador (CORTE IDH, 2015), no qual a Corte não só avançou na aplicação do conceito de interseccionalidade, mas também determinou, pela primeira vez, a violação do direito à educação, previsto no artigo 13 do Protocolo de São Salvador, a partir da aplicação de um juízo estrito da igualdade.

Especificamente, o caso trata do contágio pelo vírus do HIV que sofreu Talia Lluy, quando tinha três anos, após uma transfusão de sangue sem os devidos exames respectivos. Posteriormente, por conta da sua condição de mulher, pobre e portadora do vírus HIV, foram impostos diversos obstáculos para que Talia ingressasse na escola e obtivesse um tratamento de saúde de qualidade (CORTE IDH, 2015, par. 64-66).

Esse caso é de extrema importância também para a ampliação da proteção de direitos de mulheres portadoras do vírus HIV. O direito à saúde reprodutiva e à vida de mulheres vem sendo severamente impactado pela feminização do HIV. O Centro de Direitos Reprodutivos ressaltou, em diversas oportunidades, as vulnerabilidades maiores que mulheres sofrem por conta do contágio do HIV, destacando a importância das políticas públicas incorporarem uma perspectiva de gênero para preveni-lo (CENTRO; VIVO POSITIVO, p. 9).

Assim, apesar de a Corte estabelecer parâmetros para responsabilizar o Estado pela violação do direito à vida e à integridade pessoal, devido à ausência de fiscalização e controle dos bancos de sangue e serviços de saúde particulares, o enfoque aqui se dará na discriminação sofrida por Talia, que impediu o seu acesso à educação de forma igualitária aos seus pares. Antes dessa análise, é preciso destacar que, nesse caso, mais uma vez, o direito social à saúde foi garantido indiretamente pela constatação da violação de direitos civis. Assim, a Corte não aplicou o artigo 26 da CADH.

A Corte IDH entendeu que existem três obrigações derivadas do direito à educação das pessoas que convivem com o HIV: o direito ao acesso à informação sobre os prejuízos da enfermidade; a proibição de impedir o acesso dessas pessoas aos centros educativos e o direito de promoção, de inclusão e não discriminação destas nas esferas educacionais (CORTE IDH, 2015, par. 241). Destacou ainda que a situação de viver com HIV pode gerar uma deficiência por conta das barreiras sociais impostas, devendo ser protegidas, nesses casos, pela Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência (2015, par. 238-239).

Talia foi proibida de frequentar a escola mais próxima à sua residência por conta de sua situação de portadora de HIV, sendo justificada a sua exclusão do quadro de alunos por oferecer um risco às outras crianças. Nesse caso, a Corte entendeu que houve uma violação dos artigos 1.1 da CADH e 13 do Protocolo de São Salvador em face de discriminação no exercício do direito à educação.

Em sua sentença, a Corte IDH considerou o HIV como incluso no rol de proteção do artigo 1.1 da CADH, na categoria de "outras condições sociais" (CORTE IDH, par. 255) e

avançou a sua interpretação do princípio da não discriminação ao considerar que as diferenças de tratamento baseadas nas categorias do artigo 1.1 exigem a aplicação de um escrutínio mais estrito (2015, par. 256).

O exame do direito à igualdade por meio do escrutínio estrito presume a falta de justificação da discriminação. Torna-se exigível dos Estados a apresentação de uma justificativa que passe pela existência de um fim estatal imperioso e a ausência de outras medidas alternativas menos restritivas.

Sendo assim, a Corte entendeu que o Estado não apresentou justificativas para essa diferença de tratamento de Talia. Não existia um significativo risco de contágio de outras crianças e estavam disponíveis medidas menos restritivas. A decisão do Estado estava pautada apenas em estereótipos sobre os riscos de certas doenças. Como no caso *Atala Riffo e filhas*, a Corte entendeu que o interesse superior da criança não pode ser utilizado para amparar a discriminação de Talia, em face da sua situação de saúde (Corte IDH, 2015, par. 264-274).

A Corte ainda avançou ao determinar o alcance dessa discriminação com base no conceito de interseccionalidade (CORTE IDH, 2015, par. 285-292), ao constatar que discriminação contra Talia estava associada a fatores como “ser mulher, portadora de HIV, pessoa com deficiência, menor de idade, e sua situação econômica” (par. 285).

Para interpretar as obrigações derivadas do artigo 1.1 em relação aos fatos desse caso, a Corte considerou na importação da interpretação de organismos como o Comitê da Cedaw e dos Direitos da Criança para avaliar os impactos diferenciados em mulheres e meninas quando portadoras do vírus da Aids (CORTE IDH, 2015, par. 286-287).

A Corte faz considerações importantes, a partir de uma perspectiva de gênero, das intersecções de eixos de desigualdade que combinados aumentam os riscos de atos de violência e outras violações de direitos:

La Corte nota que ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos. [...] En el caso de las mujeres con VIH/SIDA la perspectiva de género exige entender la convivencia con la enfermedad en el marco de los roles y las expectativas que afectan a la vida de las personas, sus opciones e interacciones (sobre todo en relación a su sexualidad, deseos y comportamientos) (CORTE IDH, 2015, par. 288, grifo nosso).

La Corte nota que en el caso de Talía confluieron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y perso-

na con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente (CORTE IDH, 2015, par. 290, grifo nosso)

Esse trecho evidencia que não se trata de uma “soma” de opressões múltiplas, mas da forma como se articulam diversos marcadores da diferença impactando na forma como é percebida a desigualdade (BRAH, 2006, p. 348).

A Corte continua a sua interpretação indicando de que forma cada um desses eixos de desigualdade se articularam para gerar obstáculos no acesso a direitos, como a saúde e educação de Talia, impactando na paridade de participação nos arranjos sociais:

En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados (CORTE IDH, 2015, par. 290, grifo nosso).

Esse caso é paradigmático, pois a Corte identificou como causas para a discriminação de Talia injustiças entrelaçadas de redistribuição e reconhecimento. De um lado, desigualdades socioeconômicas e de classe relacionadas às condições precárias de vida de Talia e sua família dificultaram seu acesso a uma habitação digna e à educação, bem como impossibilitaram o acesso a um tratamento de saúde adequado. De outro lado, os obstáculos para acessar a saúde, educação e uma habitação digna têm, ao mesmo tempo, suas origens na intersecção de padrões culturais e simbólicos que criam estereótipos em face da sua situação de saúde e gênero. Sendo assim, o caso de Talia evi-

dência que demandas por igualdade de gênero como redistribuição e reconhecimento devem ser inseridas nessa lógica dos eixos de injustiças (FRASER, 1997, p. 32).

Como afirma Fraser, a intersecção de eixos de desigualdade, como classe, raça, sexualidade e outros intensifica a necessidade de remédios transformativos (1997, p. 32). Entre as medidas de reparação com um potencial transformador pode-se destacar a concessão de bolsas de estudos e de uma moradia adequada, vez que integraram remédios redistributivos e de reconhecimento.

Contudo, a despeito de o Equador possuir cerca de 7.600 mulheres vivendo com HIV, a Corte não acolheu o pedido de reparação dos representantes das vítimas no sentido da adoção de medidas de sensibilização da sociedade, polícia e Judiciário que levasse em consideração as condições específicas que mulheres, crianças e pobres enfrentam em relação à situação de portadoras de HIV.

4 Por uma atuação transformadora da Corte Interamericana

A análise jurisprudencial realizada indica que a atenção da Corte se concentrou prioritariamente no campo da violência de gênero, o que é comprovado pelo fato de sete dos dez casos analisados tratarem desse tema. Nesse sentido, a Corte foi capaz de desenvolver diversos parâmetros de proteção, a partir de uma concepção ampla da violência de gênero derivada da Convenção de Belém do Pará, incluindo a responsabilização do Estado por atos de particulares (CORTE IDH, 2014). Campo Algodonero (2009) é um marco, nesse cenário pelo rompimento da Corte IDH com a lógica público/privada, que invisibiliza demandas feministas.

A determinação da relação intrínseca entre a violência de gênero e a discriminação histórica sofrida por mulheres (CORTE IDH, 2014b) foi uma das principais contribuições da Corte. Com efeito, é na promoção da igualdade de gênero que se encontra um dos principais instrumentos para a superação da violência contra mulheres.

Como debatido anteriormente, o alcance da igualdade de gênero requer a adoção conjunta de remédios redistributivos e de reconhecimento. Contudo, a Corte nem sempre identifica a violência de gênero como uma injustiça que, ao mesmo tempo, tem origem na distribuição desigual de recursos socioeconômicos e em padrões culturais e simbólicos de representação. Significativa é a decisão nos Casos Veliz Franco (CORTE IDH, 2014) e Campo Algodonero (2009), nos quais mesmo em face das condições de pobreza das mulheres vítimas do feminicídio, a Corte não conseguiu associar a violência de gênero com a situação de subordinação econômica dessas mulheres.

Os dois casos demonstram a necessidade de a Corte avançar na proteção dos direitos ESC na temática de gênero. Isso se dá pelo fato de grande parte das mulheres que

buscam o SIDH como uma oportunidade de obter justiça social em seus países possuem recursos escassos e serem tradicionalmente excluídas de benefícios sociais (CIDH, 2011, par. 2).

A despeito dessas considerações, o enfoque da Corte IDH para erradicar a violência de gênero tem sido prioritariamente seguindo a lógica de proteção de direitos civis e políticos, a partir da promoção do acesso à justiça, em especial da justiça criminal.

As justificativas para os empecilhos ao acesso à justiça por mulheres são comumente articuladas na chave das injustiças de reconhecimento, considerando que incorporação de estereótipos de gênero por parte do sistema de justiça impede que a violência de gênero seja investigada e punida (CORTE IDH, 2009; 2014b).

Não desconsideramos a importância do acesso à justiça nos casos de violência de gênero, mas sem integrá-lo com uma rede de outras medidas que articulem redistribuição e reconhecimento, a Corte não conseguirá avançar na promoção da justiça social. Nesse ponto, ressaltam-se as críticas feministas a respeito da incapacidade do sistema penal de oferecer uma resposta satisfatória contra a discriminação de gênero (MAQUEDA, 2007) ou mesmo aos paradoxos da incorporação de um discurso punitivo por parte da Corte IDH (LIMA, 2018).

A diversificação dos casos sobre direitos humanos das mulheres na Corte demonstra que a identificação de demandas de reconhecimento não se limita aos casos de violência de gênero. Em *Artavia Murillo* (CORTE IDH, 2012b) e *Atala Riffo* (CORTE IDH, 2012), a incorporação por leis e práticas estatais de estereótipos que atribuem à mulher, quase que exclusivamente, a responsabilidade pela maternidade foi considerada discriminatória.

Não obstante, esses casos também apontam uma deficiência da Corte em identificar causas redistributivas da desigualdade de gênero. No que tange à proteção dos direitos reprodutivos de mulheres, em *Artavia Murillo* são insuficientes as considerações da Corte sobre a relação entre pobreza e o acesso à saúde sexual, mesmo que algumas das vítimas fossem impossibilitadas de acessar as técnicas de fertilização *in vitro* pela ausência de recursos econômicos.

De certa forma, a análise dos discursos de redistribuição e reconhecimento da Corte IDH nos casos de igualdade de gênero demonstra as deficiências desse órgão judicial em entrelaçar essas duas dimensões. Há uma tendência da Corte em articular as violações de direitos humanos das mulheres apenas como resultado da dominação cultural, priorizando o reconhecimento em face da redistribuição. Nesse sentido, os casos contenciosos confirmam um diagnóstico feito por Nancy Fraser de que existe uma tendência de o reconhecimento cultural tomar o lugar da redistribuição econômica como remédio para as injustiças (1997, p. 12).

Isso não quer dizer que a Corte IDH não tem avançado na superação desse dilema⁸. Ao conceder como reparação no caso Fernández Ortega (CORTE IDH, 2010b) a construção de um centro comunitário coordenado por mulheres indígenas para promover o tema da igualdade de gênero, a partir dos valores culturais do povo Me'phaa, a Corte IDH adotou um remédio que entrelaça redistribuição e reconhecimento e tem potencial de promover mudanças sociais. No caso Gonzales Lluy, a sentença incorporou o conceito de interseccionalidade dos eixos de desigualdade como gênero, classe e condição de saúde para examinar o alcance da discriminação no acesso à educação.

São muitos os desafios para que as mulheres do continente americano possam realmente participar de forma paritária em todos os arranjos sociais. A Corte IDH foi capaz de fornecer respostas para essa discriminação estrutural que marginaliza e exclui as mulheres, mesmo em países democráticos. A atuação progressista do SIDH em diversas temáticas nas últimas décadas nos leva a acreditar que a Corte IDH pode ir além e adotar um conceito transformativo de igualdade de gênero como redistribuição e reconhecimento.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor. From massive violations to structural patterns: new approaches and classic tensions in the inter-american human rights system. **Sur – International Journal on Human Rights**, v. 6, n.11, p. 7-37, 2009.

_____. Responsabilidade estatal por violência de género: comentários sobre el caso 'Campo Algodonero' en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario de Derechos Humanos**, n. 6, p.167-162, 2010.

ALBERTYN, Catherine. Gendered Transformation in South African Jurisprudence: Poor Women and The Constitutional Court. **Stell Law Review**, v. 3, p. 592-613, 2011.

CAMPOS, Carmen Hein de. **O discurso feminista criminalizante no Brasil**: limites e possibilidades. (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998.

CAVALLARO, James L; BREWER.O Papel da Litigância para a Justiça Social no Sistema Interamericano. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 5, n. 8, p. 85-99, 2008a.

_____. Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty First Century: The Case of the Inter-american Court. **American Journal of International Law**, v. 102, 2008b.

CEDAW. Comitê sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. **Recomendação Geral n. 28**. C/2010/47/GC.2. 19 out. 2010.

⁸ Apesar de não analisados neste trabalho, nos últimos anos a Corte vem avançando na identificação de injustiças socioeconômicas e culturais para responsabilizar Estados pela violação de direitos de mulheres, como é exemplo o Caso IV vs. Bolívia (CORTE IDH, 2016), no qual o procedimento de esterilização forçada implicou em uma discriminação interseccional da Sra. IV pela sua condição de mulher, pobre e refugiada ou mesmo no Caso Ramirez Escobar e outros vs Guatemala (CORTE IDH, 2017) em que a condição socioeconômica vulnerável e os estereótipos de gênero foram determinantes para o procedimento ilegal de adoção que culminou em violação de direitos da CADH.

CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS; VIVO POSITIVO. **Dignidad Negada**. Violaciones de Los Derechos de Las Mujeres VIH-Positivas en Establecimientos de Salud Chilenos. Bogota: Centro de Derechos Reproductivos, 2011.

CELORIO, Rosa M. The Rights of Women in the Inter-American System of Human Rights: Current Opportunities and Challenges in Standard Stting. **University Of Miami Law Review**, v. 65, p. 819-866, 2011.

CLERICO, Laura; ALDAO, Martin. La Igualdad como Redistribucion y como Reconocimiento: Derechos de los Pueblos Indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, ano 9, n. 1, p. 157-198, 2011.

CLERICO, Laura; NOVELLI, Celeste. La Violencia contra las Mujeres en las Producciones de la Comision y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, ano 12, n. 1, p. 15-70, 2014.

CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing de Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. **The University of Chicago Legal Forum**, v. 1989, Issue 1, Artigo 8, 1989.

CORTE IDH. **Caso n. 10.526, Dianna Ortiz vs. Guatemala**. 1996.

_____. **Caso Loayza Tamayo vs. Peru**. Mérito, Série C, 33, n. 1997.

_____. **Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú**. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Série C, n. 160, 2006.

_____. **Caso Caso Gonzalez e outras (“Campo Algodonero”) vs México**. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Série C, n. 205, 2009.

_____. **Caso Fernandez Ortega e Outros vs. México**. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Série C, n. 215, 2010a.

_____. **Caso Rosendo Cantú e outra vs México**. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Série C, n. 216, 2010b.

_____. **Caso Atala Riffo e Meninas vs. Chile**, Mérito, Reparações e Custas. Série C, n. 239, 2012a.

_____. **Caso Artavia Murillo e outros (“Fertilizacion in vitro”) vs Costa Rica**. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Série C, n. 257, 2012b.

_____. **Caso J. v. Peru**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C, n. 275, 2013.

_____. **Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C, n. 277, 2014a.

_____. **Caso Espinoza Gonzales vs. Peru**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C, n. 289, 2014b.

_____. **Caso Gonzales lluy e outros v. Ecuador**. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações e Custas. Série C, n. 298, 2015.

_____. **Caso I.V. vs. Bolivia**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C, n. 329, 2016.

_____. **Caso Ramírez Escobar et al. v. Guatemala**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C, n. 351, 2018.

FERIA-TINTA, Monica. Primer caso internacional sobre violência de gênero en la jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El caso del Penal Castro Castro; un rito histórico para Latino America. **Revista Cejil – Debates sobre Derechos Humanos y El Sistema Interamericano**, ano II, n. 3, p. 30-45, 2007.

FRASER, Nancy. **Justice Interruptus**: critical reflexions on the 'postsocialist' condition. Nova York: Routledge, 1997.

_____. Penser la justice sociale: entre redistribution et revendications identitaires. **Politiques et Sociétés**, v. 17, n. 3, p. 9-36, 1998.

_____. **Scales of Justice**: Reimagining Political Espace in a Globalizing World. New York: Columbia University Press, p. 100-115, 2010.

_____. Social Exclusion, Global Poverty, and Scale of (In)Justice: Rethinking Law and Poverty in a Globalizing World. **Stellenbosch Law Review**, n. 22, p. 452-462, 2011.

LIMA, Raquel da Cruz. **O Direito Penal dos Direitos Humanos**: Paradoxos no discurso punitivo da Corte Interamericana. Belo Horizonte: Ed. CEI, 2018.

LOPEZ, Juana I. Acosta. The Cotton field Case: Gender Perspective and Feminist Theories in the Inter-American Court of Human Rights Jurisprudence. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, n. 21, p. 17-54, 2012.

MAQUEDA, Maria Luisa. Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres – Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico. **INDRET**, v. 4, 2007.

MEDINA, Cecilia. Human Rights of Women: Where are we now in the Americas? In: MANGANAS, A. (ed.). **Essays in Honour of Alice Yotopoulos-Marangopoulos**, v. B, Panteion University, Nomiki Bibliothiki Group, Athens, p. 907-930, 2003.

RUBIO-MARIN, Ruth; SANDOVAL, Clara. Engendering the Reparations Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: The Promise of the Cotton Field Judgement. **Human Rights Quarterly**, v. 33, 2011.

SANTOS, Cecília MacDowell. Ativismo Jurídico Transnacional e o Estado: Reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **SUR: Revista Internacional dos Direitos Humanos**, n. 7, 2007.

TRAMONTANA, Enzamaría. Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José. **Revista IIDH – Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, n. 53, jan./jun. 2011.

VELASCO, Natalie Jo. The Guatemalan Femicide: An epidemic of Impunity. **Law and Business Review**, v. 14, p. 397-424, 2008.

ZULOAGA, Patricia Palacios. The Path to Gender Justice in the Inter-American Court of Human Rights. **Texas Journal of Women and the Law**, v. 17, p. 227-295, 2008.

**14 O SISTEMA
INTERAMERICANO DE
DIREITOS HUMANOS E CRIMES
CONTRA A HUMANIDADE:
UMA VISÃO SOBRE O CASO
VLADIMIR HERZOG NA CORTE
INTERAMERICANA**

*Paula Monteiro Danese*¹

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar a evolução do tratamento sobre crimes contra a humanidade no Sistema Interamericano de Direitos. Para tanto, explora-se, brevemente, o conceito legal e doutrinário do crime contra a humanidade, bem como sua construção jurisprudencial no Direito Internacional, comparando-o com o crime de genocídio para ter com clareza sua delimitação legal, a fim de, posteriormente, chegar às decisões dentro do Sistema Interamericano sobre a temática. Finalmente, explora-se a última decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que tratou sobre crime contra a humanidade: Vladimir Herzog. Analisam-se, por fim, a relevância e a contribuição de tal decisão em âmbito nacional e internacional.

Palavras-chave: Crime contra a humanidade. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Vladimir Herzog vs. Brasil.

Abstract: *The purpose of this paper is to present the evolution of the legal treatment of crimes against humanity in the Inter – American System of Rights. In order to do so, it explores the conceptualization of crime against humanity in international law, also its caselaw delimitation, comparing it with the crime of genocide in order to have a clear legal definition, and then to study the decisions within the inter-American system on the subject. Finally, it explores the last decision of the Inter-American Court of Human Rights that dealt with crime against humanity: Vladimir Herzog. Finally, it analyzes the relevance and contribution of such a decision at the national and international levels.*

Keywords: *Crime against Humanity. Inter-American System of Human Rights. Inter-American Court of Human Rights sentence. Case Vladimir Herzog vs. Brasil.*

I Introdução

O presente artigo pretende explorar a evolução do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na tratativa dos crimes contra a humanidade em suas decisões e reco-

¹ Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2018). Possui graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2014). Atualmente é professora da Escola Brasileira de Direito (Ebradi) e coordenadora do Grupo de Estudos sobre Sistema Interamericano de Direitos Humanos da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Também exerce atividade de consultoria na área de educação pela empresa Camelli – Assessoria e Treinamento, especificamente na área de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Professora convidada do Exchanging Hemispheres da Universidade Presbiteriana Mackenzie (2017 e 2018). Mediadora e árbitra no Centro Brasileiro de Litígios Econômicos Caraive Arbitragem.

mendações, visando esclarecer o sentido e a relevância da decisão do Caso Vladimir Herzog no contexto brasileiro quando se deparou novamente com crimes contra a humanidade em um sistema de proteção de direitos humanos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como bem se sabe, não tem competência para declarar a responsabilidade de indivíduos quando há violação de direitos humanos, mas a tem para declarar a responsabilidade do Estado quando este age para a ocorrência de violações de direitos ou é omissivo para impedir ou reparar tais violações. Entretanto, tanto a Comissão como a Corte de Direitos Humanos já se manifestaram sobre crimes contra a humanidade, conceito este que surgiu do direito internacional penal para considerar a responsabilidade de indivíduos que fizessem parte da consecução de tais crimes, o que revela a conexão entre os diversos ramos do direito, na qual conceitos que não necessariamente nasceram em seu bojo são utilizados para uma interpretação ampla e evolutiva dos direitos humanos.

Nesse sentido, relevante o estudo sobre as decisões dos órgãos da Organização dos Estados Americanos de proteção de direitos humanos para entender o tratamento evolutivo dos direitos humanos quando se deparam com situações de graves violações e necessitam se valer de outros institutos jurídicos para dar o tratamento adequado de proteção aos direitos humanos. Assim, resta cristalina a relevância de uma decisão como a dada no Caso Vladimir Herzog no contexto brasileiro e o estudo sobre a questão de crimes contra a humanidade nesta sentença.

2 Breves considerações sobre a evolução do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A evolução do Sistema Interamericano de Direitos Humanos pode ser categorizada em três fases principais. A primeira delas se refere ao período que antecede à criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e no qual o mencionado Sistema vivenciou períodos ditatoriais de seus países-membros sucessivamente nos anos 1980. Tal período revelava massivas e graves violações de Direitos Humanos. Razão pela qual a primeira decisão de Corte Interamericana foi relativa a desaparecimento forçado em Honduras, em 1989.²

Durante a segunda fase, o continente experimentou o renascimento da democracia, que requereu rejeição dos regimes ditatoriais e de seu legado. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte IDH foram confrontadas com casos relativos principalmente à liberdade de expressão e ao devido processo legal. Durante tal fase,

² CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Sentencia de 29 de julio de 1988. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf. Acesso em: 20 jul. 2018.

os órgãos da Organização dos Estados Americanos desenvolveram o escopo da obrigação dos Estados à luz dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente no que se refere aos deveres de investigar e punir os responsáveis pela violação de direitos humanos.³ Tanto é assim, que como resultado da segunda fase do Sistema, em setembro de 2001, a Assembleia Geral da OEA, na sua XXVIII Sessão Especial, reconheceu a nova realidade política do continente e adotou a Carta Democrática Interamericana, que por sua vez reconheceu expressamente a democracia como um direito humano fundamental e elemento indispensável.⁴

Na terceira fase – a atual fase do sistema – desigualdade e exclusão, tais como a pobreza e questões ambientais, foram consideradas ameaça à expansão democrática do continente e passou-se a considerar com mais veemência a necessidade de proteção de grupos vulneráveis, tais como mulheres, crianças, minorias e comunidades indígenas, como se verifica nos Casos Mayana (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua, Campo Algodoeiro vs. México, Instituto Reeducação do Menor vs. Paraguai, entre outros.⁵

As fases do Sistema Interamericano na proteção dos direitos humanos revelam sua evolução como instrumento de proteção e promoção dos direitos humanos no continente, demonstrando como um sistema regional respondeu a graves e sistemáticas violações de direitos, indo para além dos instrumentos ratificados pelos países-membros para buscar uma melhor interpretação dos direitos humanos. E foi nessa evolução que os órgãos de supervisão desses direitos tiveram a oportunidade de analisar questões relativas a crimes contra a humanidade, fazendo verdadeira análise sistemática do direito internacional como um todo, com vista a dar a melhor resposta para que tais crimes não restassem impunes, e mais importante do que isso, visando evitar que tais crimes fossem esquecidos e posteriormente repetidos.

3 Crimes contra a humanidade

A noção de crimes contra a humanidade disseminou-se no início do século XX, como se vê no preâmbulo da Convenção de Haia sobre leis e costumes da guerra terrestre de 1907, ao estabelecer que “as populações beligerantes permanecem sob a garantia e o regime dos princípios do Direito das Gentes preconizados pelos usos estabelecidos

³ GROSSMAN, Claudio. The Inter-American System and Its evolution. *Inter-American and European Human Rights Journal*, v. 2, n 1-2, 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2209876. Acesso em: 21 jul. 2018.

⁴ OEA. *Carta Democrática Interamericana*. Disponível em: http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democratic_Charter.htm. Acesso em: 21 jul. 2018.

⁵ GROSSMAN, Claudio. Op. cit.

entre nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública.”⁶

Ademais, o termo “crimes contra a humanidade e a civilização” foi usado pelos governos da França e da Inglaterra para denunciar os massacres contra a população armênia na Turquia, em 28 de maio de 1915, o que somente recentemente foi reconhecido internacionalmente, exceto pela própria Turquia.⁷

Posteriormente, certos crimes foram codificados como crimes contra a humanidade pela primeira vez no artigo 6 do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, como o assassinato (6.c). O mencionado Tribunal estava encarregado do julgamento e castigo dos principais criminosos de guerra do Eixo Europeu, conhecido como Acordo de Londres, em agosto de 1948.⁸

O Estatuto de Nuremberg teve um papel significativo no estabelecimento dos elementos que caracterizam um crime como crime contra a humanidade. Esse Estatuto proporcionou a primeira articulação dos elementos dessa ofensa, os quais incluem a comissão de atos desumanos, cometidos num contexto de ataque generalizado ou sistemático contra a população civil. Nesse sentido, foi decidido no Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia, no Caso Prosecutor v. Dusko Tadic, ao considerar que:

Um só ato cometido por um perpetrador, no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, traz consigo a responsabilidade penal individual e o perpetrador não necessita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsável.⁹

A proibição de crimes contra a humanidade foi, ademais, corroborada pelas Nações Unidas, em 11 de dezembro de 1946, quando a Assembleia Geral confirmou “os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg e as sentenças desse tribunal”. Além disso, em 1947, a Assembleia Geral encarregou a Comissão de Direito Internacional de formular os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto mencionado, os quais foram adotados em 1950, entre eles o Princípio VI.c, que qualifica o assassinato como um crime contra a humanidade. Ademais, ressalta-se

6 CORREIA, Miguel Brito. **1907 – Cem anos das Convenções de Haia**. Disponível em: http://www.gecorpa.pt/Upload/Revistas/Rev37_Artigo%2009.pdf. Acesso em: 20 jul. 2018.

7 Esteves, María Leonor Machado. USC. **Contributo para uma reflexão em torno do sentido e fundamento dos crimes Contra a Humanidade**. p. 46 Disponível em: https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/10347/14724/1/rep_1144.pdf. Acesso em: 21 jul. 2018.

8 CRUZROJA. **Estatuto del Tribunal de Nuremberg**. Disponível em: http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66. Acesso em: 21 jul. 2018.

9 WALD, Patricia M. Genocide and Crimes Against Humanity. **Washington University Global Studies Law Review**, n. 621, p. 1, 2007. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/wasglo6&collection=journals&id=629&startid=&endid=642>. Acesso em: 23 jul. 2018.

que as Convenções de Genebra, em seu artigo 3 comum a todas elas, também proíbem o homicídio de pessoas que não estejam envolvidas diretamente em combate ou hostilidade em todas as suas formas.¹⁰

Ao se fazer uma comparação entre os crimes contra a humanidade e genocídio, tem-se com mais clareza o alcance conceitual do primeiro. Os crimes contra a humanidade requerem que os atos perpetrados sejam parte de um ataque sistemático e generalizado contra a população civil, sendo que aquele que comete tal ato está ciente do contexto de violência e violações de direitos humanos. Já o genocídio requer que os atos sejam cometidos contra um grupo racial, religioso, nacional ou pertencente a determinado grupo com a intenção específica de destruir determinado grupo em todo ou em parte.

Não se pode esquecer que os crimes contra a humanidade foram originalmente conceituados como atos de natureza odiosa, que a sua perpetração não era apenas uma ofensa às vítimas envolvidas, mas uma ofensa a toda humanidade,¹¹ por isso sua relevância quando inseridos em uma sentença de um tribunal internacional de direitos humanos.

Importante lembrar que no primeiro julgamento do Tribunal para a Ex-Iugoslávia, estabeleceu-se que os crimes contra a humanidade são crimes de natureza especial nos quais um grau de torpeza moral é mais latente que um crime comum:

Em razão de sua hediondez e magnitude, eles (crimes contra a humanidade) constituem um ataque notório à dignidade humana, na própria noção de humanidade", escreveu a Corte. Como um crime *jus cogens*, crimes contra a humanidade carregam uma obrigação sob a lei internacional dos Estados para processar ou extraditar os perpetradores encontrados dentro de suas fronteiras, independentemente de onde o crime foi cometido ou quem foram as vítimas imediatas¹². (tradução nossa)

A lista de crimes prevista como crimes contra a humanidade hoje inclui assassinato, exterminação, deportação, deslocamento forçado de população, prisão, tortura, estupro, escravidão, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência sexual contra determinado grupo por razões sociais, nacionais, étnicas, religiosas ou outros parâmetros universalmente reco-

¹⁰ *Ibid.*, p. 4.

¹¹ *Ibid.*, p. 7.

¹² WALD, *op. cit.*, p. 8. Texto original em Inglês: "Because of their 'heinousness and magnitude they (crimes against humanity) constitute an egregious attack on human dignity, on the very notion of humaneness,' the court wrote. As a *jus cogens* crime, crimes against humanity carry an obligation under international law on the part of States to prosecute or extradite perpetrators found within their borders regardless of where the crime was committed or who the immediate victims were."

nhecidos no direito internacional, além de outros crimes ainda previstos no Estatuto de Roma, como desaparecimento forçado, *apartheid*, entre outros:

Os crimes contra a humanidade já não requerem qualquer nexos com conflitos armados, abrangem atos discriminatórios contra um leque muito mais amplo de grupos do que o genocídio e muitos mais tipos de atos do que os cinco enumerados na Convenção do Genocídio e suas Cartas, e ainda traz consigo componente ainda mais pesado de vergonha internacional do que os crimes de guerra.¹³

Assim, os crimes contra a humanidade tiveram seu conceito ampliado e definido ao longo do tempo, tendo como principais marcos o julgamento de Nuremberg, o Julgamento na Ex-Iugoslávia e o próprio Estatuto de Roma, sendo diferenciados do genocídio, como colocado anteriormente, em função dos seus elementos constitutivos e do objetivos do crime. Com essa explanação, pode-se chegar ao que temos de evolução no tratamento desses crimes na Corte Interamericana de Direitos Humanos, lembrando que a Corte IDH não trata sobre responsabilidade do indivíduo, mas sim do Estado, diferentemente do Tribunal Penal Internacional.

4 Crimes contra a Humanidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos

A questão sobre crimes contra a humanidade foi debatida em algumas ocasiões no Sistema Interamericano, principalmente quando tratamos de questões relacionadas à ditadura, mas não se restringindo a esse período, como se verificará adiante.

O Caso Barrios Altos¹⁴ permitiu que a Corte IDH se debruçasse sobre tema tão sensível e aparentemente fora de sua competência, uma vez que neste restou claro o dever de investigação e punição dos responsáveis em qualquer contexto, impedindo a aplicação da Lei da Anistia e evidenciando que crimes graves feriam a moral da humanidade e não poderiam ser deixados sem a apreciação da justiça. Muito embora o Caso de Barrios Altos vs. Peru esteja intrinsecamente vinculado à questão das leis de anistia na América Latina, foi a partir de dele que casos relacionados a graves violações de direitos huma-

¹³ Id., *Ibid.*, p. 4. Texto original em Inglês: "Crimes against humanity no longer requires any nexus with armed conflict, it encompasses discriminatory acts against a much wider range of groups than genocide, and many more kinds of acts than the five listed in the Genocide Convention and charters, and it carries with it still a heavier component of international shame than war crimes."

¹⁴ CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Perú**. Sentença de 14 de março de 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf. Acesso em: 22 jul. 2018.

nos tiveram uma apreciação além do viés do direito internacional dos direitos humanos gerando uma interpretação evolutiva do próprio sistema interamericano. E, assim, quando tratou de outros casos relacionados com a Lei da Anistia e sua inadmissibilidade, apresentou novos elementos argumentativos, como nos Casos Almonacid Arellano e outros vs. Chile e La Cantuta vs. Peru, em que a Corte IDH tratou de graves violações de direitos humanos como crimes contra a humanidade.

O contexto de violação no Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile¹⁵ se refere à ditadura chilena, na qual houve repressão generalizada aos opositores do regime de Augusto Pinochet, que perdurou até meados de 1990 e que se caracterizava por uma prática massiva e sistemática de fuzilamentos, execuções sumárias, tortura, desaparecimentos forçados, entre outras. A época mais violenta do regime corresponde aos primeiros meses do regime militar. Nessa conjuntura de violações de direitos humanos, Almonacid Arellano, professor do ensino básico e militante do Partido Comunista, foi vítima de execução extrajudicial, no dia 16 de setembro de 1973. Em 18 de abril de 1978, o Decreto-Lei nº 2.191 anistiou todas as pessoas na qualidade de autoras, cúmplices ou que tenham acobertado fatos delituosos durante a vigência do estado de sítio, entre 1973 e 1978. Em abril de 1998, a Justiça Militar aplicou em último grau de recurso a Lei da Anistia ao caso de Almonacid, interrompendo as investigações e arquivando o processo, sem punição dos responsáveis.¹⁶

A contextualização política de Estado do Chile, na época da execução extrajudicial de Almonacid Arellano, foi fundamental na argumentação da Corte IDH para a identificação de um padrão sistemático e generalizado de ações contra a população civil, o que caracterizou o assassinato de Almonacid Arellano como crime contra a humanidade, uma vez que a Corte considerou que:

A Corte também reconhece que o Estatuto de Nuremberg desempenhou um papel significativo no estabelecimento dos elementos que caracterizam um crime como crime contra a humanidade. Esse estatuto tornou possível a primeira articulação dos elementos dessa ofensa, cuja concepção permaneceu basicamente na data de morte do senhor Almonacid Arellano, à exceção dos crimes contra a humanidade, que podem ser cometidos tanto em tempos de paz como em tempos de guerra. Com base nisso, a Corte reconhece que os crimes contra a humanidade incluem a prática de atos desumanos, como assassinatos, cometidos em um contexto de ataque

¹⁵ CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁶ *Ibid.*, par. 103 e seguintes.

generalizado ou sistemático contra uma população civil. É suficiente que um único ato ilícito, como os mencionados acima, seja cometido dentro do contexto descrito para que ocorra um crime contra a humanidade. Nesse sentido, o Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia no Caso Promotor v. Dusko Tadic, ao considerar que "um único ato por um agente no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil implica responsabilidade criminal individual, e o autor não precisa cometer várias infrações para ser considerado culpado.". Todos esses elementos já estavam definidos juridicamente quando o Sr. Almonacid Arellano foi executado.¹⁷ (tradução nossa)

Assim, a Corte utilizou-se dos elementos constituídos no âmbito do direito penal internacional para caracterizar os atos praticados contra o senhor Almonacid como crime contra a humanidade.

A Corte IDH aproveita para salientar ser imperativo que os Estados colaborem e ajam para investigar e punir os responsáveis por tais atos, respaldando tal obrigação quando se tratar de crimes contra a humanidade no Sistema Onusiano:

Da mesma forma, as Resoluções 827 e 955 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, juntamente com os Estatutos dos Tribunais para a ex-Iugoslávia (Artigo 29) e Ruanda (Artigo 28), impõem uma obrigação a todos os Estados-Membros das Nações Unidas. Cooperar plenamente com os Tribunais na investigação e repressão de pessoas acusadas de terem cometido graves violações do Direito Internacional, incluindo crimes contra a humanidade. Da mesma forma, o secretário-geral das Nações Unidas indicou que, em vista das normas e princípios das Nações Unidas, os acor-

¹⁷ Ibid., par. 96. Texto original em espanhol: "La Corte, además, reconoce que la Estatuto de Nuremberg jugó un papel significativo en el establecimiento de los elementos que caracterizan a un crimen como de lesa humanidad. Este Estatuto proporcionó la primera articulación de los elementos de dicha ofensa¹⁹, que se mantuvieron básicamente en su concepción inicial a la fecha de muerte del señor Almonacid Arellano, con la excepción de que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de guerra. En base a ello, la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad. En este sentido se pronunció el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Prosecutor v. Dusko Tadic, al considerar que 'un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable'. Todos estos elementos ya estaban definidos jurídicamente cuando el señor Almonacid Arellano fue ejecutado."

dos de paz aprovados por ela nunca podem prometer anistias para crimes contra a humanidade.¹⁸ (tradução nossa)

Utilizando tais instrumentos, a Corte IDH os relaciona à Convenção Interamericana para evidenciar a responsabilidade do Estado chileno de afastar a aplicabilidade da Lei da Anistia, como se verifica no trecho da sua sentença:

Crimes contra a humanidade resultam na violação de uma série de direitos não derogáveis reconhecidos na Convenção Americana, que não podem ficar impunes. Em várias ocasiões, o Tribunal de Justiça indicou que o Estado tem o dever de prevenir e combater a impunidade, que o Tribunal de Justiça definiu como "total falta de investigação, prisão, julgamento e condenação dos responsáveis por violações direitos protegidos pela Convenção Americana. O Tribunal também determinou que a investigação deve ser conduzida por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade e da investigação, prisão, julgamento e punição de todos os autores materiais e intelectuais dos fatos, especialmente quando agentes do estado estão ou podem estar envolvidos. A esse respeito, o Tribunal indicou que não podem ser considerados eficazes os recursos que, pelas condições gerais do país ou mesmo pelas circunstâncias particulares de um dado caso, são ilusórios. [...] Com base nas considerações precedentes, a Corte considera que os Estados não podem fugir ao dever de investigar, determinar e punir os responsáveis por crimes contra a humanidade, aplicando leis de anistia ou outra legislação interna. Consequentemente, os crimes contra a humanidade são crimes pelos quais a anistia não pode ser concedida."¹⁹ (tradução nossa)

¹⁸ Ibid., par. 107. Texto original em espanhol: "Igualmente, las Resoluciones 827 y 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, junto con los Estatutos de los Tribunales para ex-Yugoslavia (Artículo 29) y Ruanda (Artículo 28), imponen una obligación a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas de cooperar plenamente con los Tribunales en la investigación y persecución de personas acusadas de haber cometido serias violaciones de Derecho Internacional, incluidos crímenes contra la humanidad. Asimismo, el Secretario General de las Naciones Unidas ha señalado que en vista de las normas y los principios de las Naciones Unidas, los acuerdos de paz aprobados por ella nunca pueden prometer amnistias por crímenes de lesa humanidad."

¹⁹ Ibid., par. 111 e 114. Texto Original em espanhol: "Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana". Asimismo, la Corte ha determinado que la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales. Al respecto, este Tribunal ha señalado que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. [...] Por las consideraciones anteriores, la Corte estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía."

Por tal razão, a decisão do caso em tela é histórica e paradigmática no sentido de conceder elementos do direito penal internacional ao sistema interamericano para constatar violações de direitos humanos e a conseqüente responsabilização do Estado nesse sentido.

Outro caso que tratou sobre leis de anistia e ditaduras, fazendo relação a crimes contra a humanidade foi o Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil.²⁰

Entre as recomendações feitas no Relatório de Mérito nº 91/08 e nas solicitações na demanda de diversas medidas, cabe à Comissão: assegurar que a Lei nº 6.683/1979, Lei de Anistia, “não continue a ser um obstáculo para a persecução penal das graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade”.²¹

De forma análoga, a CIDH declarou que nenhuma lei ou norma de direito interno, como as disposições de anistia, as regras de prescrição e outras excludentes de responsabilidade, pode impedir que um Estado cumpra essa obrigação, especialmente quando se trate de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade, como os desaparecimentos forçados, pois esses crimes são inaniistiáveis e imprescritíveis.²²

Ficou consagrado na decisão da Corte que:

Os crimes de desaparecimento forçado, de execução sumária extrajudicial e de tortura perpetrados sistematicamente pelo Estado para reprimir a Guerrilha do Araguaia são exemplos acabados de crime de lesa-humanidade. Como tal merecem tratamento diferenciado, isto é, seu julgamento não pode ser obstado pelo decurso do tempo, como a prescrição, ou por dispositivos normativos de anistia.²³

Não foi somente em casos de contexto de ditadura envolvendo assassinato que a Corte fez o paralelo entre determinada violação de direitos humanos e crimes contra a humanidade. Em casos de violência sexual, considerada como tortura no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a referência ao crime contra a humanidade foi novamente estabelecida.

²⁰ CORTE IDH. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 25 jul. 2018.

²¹ CIDH. **Relatório nº 91/08 (mérito), 11.552, Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)**. Brasil, 31 de outubro de 2008. Apêndice 1, par. 106.

²² *Ibid.*, par. 107 e seguintes.

²³ CORTE IDH. **Voto fundamentado do Juiz Ad Hoc Roberto de Figueiredo Caldas com relação à sentença do caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 23 jul. 2018.

No Caso Raquel Martin vs. Peru, da CIDH, em que a vítima sofreu violência sexual por um agente militar do Peru em um contexto massivo de violência no Estado, a Comissão considerou a deliberação do direito internacional de que violência sexual perpetrada por agentes estatais é violação de direito à integridade física e psíquica. A CIDH baseou suas conclusões em instrumentos do direito internacional humanitário, especificamente nos artigos 27 e 147 da quarta Convenção de Genebra de 1949 e no artigo 76 do Protocolo Adicional I, bem como no artigo 3, comum a todas as Convenções, e no artigo 4 (2) do Protocolo II. Ademais, utilizou-se do artigo 5 do Estatuto do Tribunal Internacional para a Ex-Iugoslávia, o qual estabelecia que a prática sistemática e generalizada de violência sexual era considerada crime contra a humanidade para evidenciar o estupro como um prática de tortura.²⁴

Em um segundo caso da CIDH, no relatório sobre o Haiti em 1995,²⁵ foram detalhados violência contra mulheres e abuso sexuais naquele Estado. O mencionado relatório constatou que muitos atos de abuso sexual eram cometidos pelos membros do próprio exército haitiano, da polícia ou por civis armados, com a tolerância ou autorização do Estado. A CIDH concluiu que estupro seria considerado tortura nos termos do artigo 5 (2) da Convenção Americana e, ademais, estabeleceu que, naquele contexto, o estupro seria uma demonstração brutal de crimes contra as mulheres. Fazendo a análise em paralelo com crimes contra a humanidade, verificou-se que o estupro foi utilizado como uma arma para espalhar terror, como se verifica no seguinte trecho extraído do Relatório:

Os fatos apresentados à Comissão refletem que a violação não foi aleatória nem ocasional, mas generalizada, aberta e rotineira. Quer isto tenha ocorrido por orientação ou com o encorajamento ou a aquiescência do regime ilegal, a Comissão considera que a utilização da violação sexual como arma de terror constitui também um crime contra a humanidade ao abrigo do direito internacional consuetudinário.

A Comissão nota o reconhecimento nos últimos anos da gravidade do estupro no direito internacional dos direitos humanos, incluindo a ênfase da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos sobre a gravidade da violência contra as mulheres em geral e, em particular, do "estupro sistemático ..." trazido à tona pelas atrocidades na ex-Iugoslávia, a aprovação pela Assembleia Geral da Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulher e mais especificamente, os relatórios do Relator Especial sobre Tortura à

²⁴ CIDH. **Informe nº 5/96 – Caso 10.970 vs. Peru**. 1º mar. 1996. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4936/4.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

²⁵ CIDH. Inter-American Commission on Human Rights. **Country Report on Haiti**, 1995. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/EnHa95/eh95p1.htm#women>. Acesso em: 20 jul. 2018.

Comissão de Direitos Humanos que descreveram o estupro em detenção como uma forma de tortura. Também observamos que, no Direito Internacional Humanitário, a tortura tem sido tratada como uma "grave violação" das Convenções de Genebra pela Comissão de Direitos Humanos da ONU e pelo Comitê Internacional para a Cruz Vermelha. O Estatuto do Tribunal Criminal Internacional para a ex-Iugoslávia incorpora o estupro como uma "violação grave" das Convenções de Genebra (artigo 2) e uma violação das leis e costumes da guerra (artigo 3), e, explicitamente, nomeia o estupro como um crime contra a humanidade (artigo 5 (g)).²⁶ (tradução nossa)

5 Caso Vladimir Herzog

Recentemente a Corte Interamericana teve nova oportunidade de tratar do tema crimes contra a humanidade em um caso do Brasil. Trata-se do Caso Vladimir Herzog vs. Brasil, que teve sua sentença em 15 de março de 2018.²⁷

Apenas para contextualizar os fatos de violação de direitos humanos que levaram o caso para o sistema interamericano, relembra-se que o jornalista Vladimir Herzog compareceu em 24 de outubro de 1975 ao DOI/Codi de São Paulo para prestar declarações e, após ter sido arbitrariamente detido, foi executado, e sua morte foi apresentada à família e à sociedade como um suicídio.²⁸

Seus familiares propuseram em 1976 uma ação civil declaratória na Justiça Federal, que desconstituiu essa versão. Em 1992, o Ministério Público do Estado de São Paulo requisitou a abertura de inquérito policial para apurar as circunstâncias da morte de Vladimir Herzog, mas o Tribunal de Justiça considerou que a Lei da Anistia era um óbice para a realização das investigações. Em nova tentativa de buscar verdade, em 2008, com base em fatos novos, foi feita outra tentativa para iniciar o processo penal contra os respon-

²⁶ Id. Texto original em inglês: "The facts submitted to the Commission reflect that rape was neither random nor occasional but widespread, open and routine. Whether this occurred by direction of or with the encouragement or acquiescence of the illegal regime, the Commission considers that such use of rape as a weapon of terror also constitutes a crime against humanity under customary international law. The Commission notes recognition in recent years of the gravity of rape in international human rights law, including the emphasis by World Conference on Human Rights on the gravity of violence against women in general and in particular, of "systematic rape..." brought to the fore by the atrocities in the former Yugoslavia, the approval by the General Assembly of the Declaration on the Elimination of Violence Against Women and most specifically, the reports of the Special Rapporteur on Torture to the Human Rights Commission who described rape in detention as a form of torture. We also note that in the international humanitarian law, torture has been treated as a "grave breach" of the Geneva Conventions by the UN Human Rights Commission and by the International Committee for the Red Cross. The Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia incorporates rape as a "grave breach" of the Geneva Conventions (article 2) and a violation of the laws and customs of war (article 3), and, explicitly names rape as a crime against humanity (article 5(g))."

²⁷ CORTE IDH. **Caso Herzog e Outros vs. Brasil**. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁸ Ibid

sáveis pelas violações cometidas. No entanto, o procedimento foi novamente arquivado, desta vez sob o argumento de que os crimes já estariam prescritos.²⁹

Esgotados os recursos internos em julho de 2009, o Cejil, a FIDDH e o GTNM-SP apresentaram uma denúncia do caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

No Relatório de Mérito, a Comissão Interamericana considerou que a morte e tortura do senhor Herzog constituíram grave violação de direitos humanos. Tanto para a Comissão como para os representantes, as consequências de uma ou outra figura seria a mesma: a obrigação do Estado de investigar, julgar e punir os responsáveis pelos fatos, sem recorrer a obstáculos processuais que poderiam chegar a protegê-los da ação da justiça. O Estado, por sua vez, opôs-se aos efeitos jurídicos alegados pela Comissão e pelos representantes no caso concreto.³⁰

No momento em que a Corte IDH se debruçou sobre os aspectos de crime contra a humanidade, ela observou os tratados internacionais sobre a matéria para basear sua decisão, principalmente levando em consideração a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Contra a Humanidade, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 26 de novembro de 1968, bem como a Resolução 2338 (XXII) da Assembleia Geral das Nações Unidas. A interpretação que se infere do Preâmbulo da Convenção supra é que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade surge da falta de limitação temporal nos instrumentos que se referem ao seu indiciamento, de tal forma que essa convenção somente reafirmou princípios e normas de direito internacional preexistentes.

Como consequência, os Estados devem aplicar seu conteúdo, embora não a tenham ratificado; e, quanto a seu âmbito temporal, deveria aplicar-se, inclusive, aos crimes cometidos anteriormente à entrada em vigor daquela Convenção.³¹

Conforme relembra a Corte IDH, a Comissão de Direito Internacional esclareceu em diversos momentos que a proibição dos crimes contra a humanidade é claramente aceita e reconhecida como norma imperativa de direito internacional Jus Cogens e que reconhece a consideração de que os crimes contra a humanidade existem mesmo que a conduta tenha sido tipificada no direito interno.³²

Apoiada em jurisprudência do direito penal internacional, destaca-se o caso de Jean Paul Akaesu no Tribunal Penal Internacional para Ruanda, recordado na decisão da Corte IDH, que categorizou crimes contra a humanidade a partir da identificação dos seguin-

²⁹ Ibid

³⁰ Ibid., par. 211.

³¹ Ibid., par. 215 e 214.

³² Ibid., par. 212.

tes elementos: I) o ato deve ser desumano em sua natureza e caráter, causando grande sofrimento ou lesões graves ao corpo ou à saúde mental ou física; II) o ato deve ser cometido como parte de um ataque extenso ou sistemático; III) o ato deve ser cometido contra membros da população civil; IV) o ato deve ser cometido por um ou mais motivos discriminatórios, a saber, motivos nacionais, políticos, étnicos, raciais ou religiosos.³³

A controvérsia nesse tema se trata da existência ou não de crime contra a humanidade, uma vez que o Brasil reconhece a detenção arbitrária, a tortura e o assassinato da vítima. A partir dos elementos trazidos sobre crimes contra a humanidade e a contextualização na qual se procedeu à violação de direitos humanos, a Corte IDH concluiu pela ocorrência de crime contra a humanidade no caso, conforme se verifica nos trechos a seguir:

A Corte conclui que os fatos registrados contra Vladimir Herzog devem ser considerados crime contra a humanidade, conforme a definição do Direito Internacional desde, pelo menos, 1945 (par. 211 a 228 supra). Também de acordo com o afirmado na sentença do Caso Almonacid Arellano, no momento dos fatos relevantes para o caso (25 de outubro de 1975), a proibição de crimes de direito internacional e crimes contra a humanidade já havia alcançado o *status* de norma imperativa de direito internacional (*jus cogens*), o que impunha ao Estado do Brasil e, com efeito, a toda a comunidade internacional a obrigação de investigar, julgar e punir os responsáveis por essas condutas, uma vez que constituem uma ameaça à paz e à segurança da comunidade internacional (par. 212 supra)

[...]

Em virtude de os crimes cometidos contra Vladimir Herzog terem ocorrido num contexto de crimes contra a humanidade, em violação de uma norma peremptória de direito internacional que, desde aquela época, possuía efeitos erga omnes, uma vez que o Estado tenha conhecimento dos atos constitutivos de tortura devia iniciar *ex officio* a investigação pertinente, a fim de estabelecer as responsabilidades individuais cabíveis.³⁴

A decisão, portanto, demonstra sua relevância em âmbito interno, mas também no direito internacional dos direitos humanos, ao estabelecer o paralelo entre o direito penal internacional e o sistema interamericano, para constituir a responsabilização do Estado brasileiro pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial,

³³ *Ibid.*, par. 226

³⁴ *Ibid.*, par. 242.

previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e em relação aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, bem como do julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato de Vladimir Herzog, cometidos em um contexto sistemático e generalizado de ataques à população civil, bem como pela aplicação da Lei nº 6.683/1979, Lei da Anistia e de outras excludentes de responsabilidade proibidas pelo direito internacional em casos de crimes contra a humanidade, restando latente a necessidade de uma mudança conjuntural nesse sentido.

6 Conclusão

A consolidação dos direitos humanos no direito internacional não se deu de forma a ignorar os demais ramos do direito internacional público, ao contrário, valeu-se e ainda se vale de outros institutos para dar um caráter evolutivo ao próprio ramo.

Nesse sentido, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos valeu-se de institutos do direito internacional penal para construir a sua convicção em determinados casos, sempre buscando verificar a responsabilização do Estado, quando aplicável, e não do indivíduo.

A partir do estudo sobre a definição de crimes contra a humanidade, o presente artigo buscou fundamentos da extensão desse crime e sua aplicação ao contexto latino-americano. Para tanto, analisou sua evolução conceitual no direito internacional e como a CIDH e a Corte IDH passaram a utilizar sua definição para elaborar suas recomendações e decisões, respectivamente.

A própria evolução do sistema interamericano converge nesse sentido. Significa dizer que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos permitiu-se sair da esfera do direito internacional dos direitos humanos para amparar-se no direito internacional penal a fim de melhor responder às massivas e sistemáticas atrocidades que ocorreram e ainda ocorrem no continente americano.

Crimes contra a humanidade jamais podem ser esquecidos, e suas consequência fáticas devem ser consideradas para a aplicação dos tratados cabíveis, ou seja, a justiça não pode ficar alheia a tais ações, por isso o contexto de ditaduras foi levado em consideração para os casos de crimes contra a humanidade no Caso Vladimir Herzog. A decisão demonstra que o governo brasileiro falhou e vem falhando na investigação e punição dos perpetradores de violações de direitos humanos nos tempos sombrios que foram presenciados por mais de duas décadas pela população brasileira.

Por tal razão, o Estado brasileiro foi condenado a adotar medidas internas para a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade, e como forma de reparação e não re-

petição. Também foi condenado a realizar ato público reconhecendo a responsabilidade internacional pelos fatos do caso em questão, em desagravo à memória de Vladimir Herzog e à falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por sua tortura e morte.

A seriedade com que a Corte IDH analisou os fatos da morte do senhor Herzog, o contexto histórico e as consequências para seus familiares e para a sociedade brasileira, bem como a forma detalhista pela qual a Corte IDH coloca as medidas reparatórias em sua decisão, deixam claro sua relevância no sistema jurídico, que acaba complementando-o quando o direito interno não fornece resposta eficaz a determinadas violações de direitos humanos. Assim como se verifica no presente caso, é evidente que suas decisões podem e devem direcionar o ordenamento jurídico interno para maior proteção dos direitos humanos, evitando que tais violações ocorram novamente.

Referências

- ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, Geraldo Eulalio do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- _____. A Declaração dos Direitos Humanos na pós-modernidade. In: _____. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 21-41. (Coleção Estudos).
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A humanização do Direito Internacional**. São Paulo: Del Rey, 2006.
- CAROZZA, Paolo G. Subsidiarity as a structural principle of International Human Rights Law. **Scholarly Works**, n. 564, 2003.
- CORREIA, Miguel Brito. **1907** – Cem anos das Convenções de Haia. Disponível em: http://www.gecorpa.pt/Upload/Revistas/Rev37_Artigo%2009.pdf. Acesso em: 21 jul. 2018.
- CRUZ ROJA. **Estatuto del Tribunal de Nuremberg**. Disponível em: http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66. Acesso em: 21 jul. 2018.
- Esteves, María Leonor Machado. USC. **Contributo para uma reflexão em torno do sentido e fundamento dos crimes Contra a Humanidade**. p. 46 Disponível em: https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/10347/14724/1/rep_1144.pdf. Acesso em: 21 jul. 2018.
- FLINTERMAN, Cees; ANKUMAH, Evelyn. The Inter-American Human Rights System. In: HANNUM, Hurst (ed.). **Guide to international human rights practice**. 4. ed. [S.l.]: Transnational, 2004.
- GROSSMAN, Claudio. The Inter-American System and Its evolution. **2 Inter-American and European Human Rights Journal**, n. 49, 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2209876. Acesso em: 21 jul. 2018.

HAMPSON, Françoise. **Working paper on the implementation in domestic law of the right to an effective remedy**. Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, 57th Session. UN.DOC.E/CN.4/Sub 2/2005/15. Genebra, 2005.

LIXINSKI, Lucas. Treaty interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: expansionism at the service of the unity of International Law. **The European Journal of International Law**, v. 21, n. 3, p. 585-604, 2010. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/21/3/2071.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2018.

PIOVESAN, Flávia (coord.). **Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos anotado**. São Paulo: DPJ, 2008.

_____. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Processo internacional de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF**. São Paulo: Juspodivm, 2016.

SHAW, Malcolm L. **International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SEITENFUS, Ricardo. **Manual das organizações internacionais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SHELTON, Dinah L. The Inter-American Human Rights System. In: HANNUM, Hurst (ed.). **Guide to international human rights practice**. 4. ed. [S.l.]: Transnational, 2004.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. **Human rights in context**: law, politics, morals. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

_____. **International human rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

WALD, Patricia M. Genocide and Crimes Against Humanity. **Washington University Global Studies Law Review**, 621, 2007. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/wasglo6&collection=journals&id=629&startid=&end=642>. Acesso em: 21 jul. 2018.

WHITE, Nigel D. **The United Nations System**: toward international justice. Colorado: Lynne Rienner Publishers, 2002.

Decisões jurídicas:

CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Sentencia de 29 de julio de 1988. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2018.

_____. Inter-American Commission on Human Rights. **Country Report on Haiti, 1995**. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/EnHa95/eh95p1.htm#women>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. **Caso Barrios Altos vs. Perú**. Sentença de 14 de março de 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf. Acesso em: 21 jul. 2018.

_____. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) de 26 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 21 jul. 2018.

_____. **Informe nº 5/96 – Caso 10.970 vs. Peru**. Sentença 1º de março de 1996. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4936/4.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2018.

_____. **Relatório nº 91/08 (mérito) – 11.552, Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)**. Apêndice 1. Brasil, 31 out. 2008.

_____. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 21 jul. 2018.

_____. **Voto fundamentado do Juiz Ad Hoc Roberto de Figueiredo Caldas com relação à sentença do caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 21 jul. 2018.

_____. **Caso Herzog e Outros vs. Brasil**. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 21 jul. 2018.

OEA. **Carta Democrática Interamericana**. Disponível em: http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm. Acesso em: 21 jul. 2018. Acesso em: 21 jul. 2018.

15 CORTES INTERNACIONAIS
VS. CORTES CONSTITUCIONAIS
NA APLICAÇÃO DE TRATADOS
DE DIREITOS HUMANOS:
ENSAIO EM HOMENAGEM
AOS 20 ANOS DA JURISDIÇÃO
OBRIGATÓRIA DA CORTE
INTERAMERICANA PARA O
BRASIL

Christian Perrone¹

Resumo: Em um momento de antagonismos e polarizações políticas deve-se reforçar os edifícios institucionais que formam os nossos sistemas jurídicos. Agora que a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos faz seus 20 anos para o Brasil, conhecer os seus limites é fundamental. Esse ensaio busca celebrar esse aniversário por meio de uma análise aprofundada do fenômeno da “constitucionalização” do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Mais especificamente, no que se convencionou chamar de doutrina do “controle de convencionalidade”. A proposta questiona as bases jurídicas sob as quais essa doutrina tende a se sustentar: I) natureza comum de direitos fundamentais e direitos humanos; II) as próprias decisões da Corte Interamericana (princípio da competência da competência – *kompetenz-kompetenz*); III) os arts. 1.1 e 2 da Convenção Americana; e IV) na obrigação de complementariedade do Direito Internacional e do Nacional em conjunto com princípios como o *pro persona*. Conclui-se que esses possíveis argumentos não parecem ser capazes de passar um alto grau de segurança jurídica e estabelecer por si mesmos um sistema de caráter constitucional. Propõe-se que o “controle de convencionalidade” seja entendido de maneira harmônica, como um elemento de diálogo entre os sistemas nacionais e internacionais. Configurando-se, assim, ordens jurídicas complementárias, levando em consideração o princípio da subsidiariedade da atuação internacional.

Palavras chave: Convenção Americana de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Controle de Convencionalidade.

Abstract: *In a moment of antagonisms and political polarizations, it is necessary to strengthen the institutional fabric that form our legal systems. Now in the 20th anniversary of the compulsory jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights for Brazil, knowing its limits is paramount. This essay seeks to celebrate this moment through an in-depth analysis of the phenomenon of “constitutionalisation” of International Human Rights Law. More specifically, what has been called the doctrine of “conventionality control”. The proposal questions the legal basis under which this doctrine tends to be based on: I) common nature of fundamental and human rights; II) decisions of the Inter-American Court (jurisdiction principle – kompetenz-kompetenz); III) arts. 1.1 and 2 of the American Convention; and IV) the obligation of complementarity of International and National Law coupled with principles such as pro persona. It concludes that these possible arguments*

¹ Consultor de Políticas Públicas; Fulbright Fellowship (Georgetown Law); Ex-secretário da Comissão Jurídica Interamericana (OEA); Ex-especialista em Direitos Humanos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Ex-visitante profissional da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Doutorando em Direito Internacional (Uerj); LL.M. International Law (Cambridge University); Diploma em Direito Internacional dos Direitos Humanos (EUI); Bacharel em Direito (UFRGS).

do not seem to be able to achieve a high degree of legal certainty and to establish per se a system with a constitutional character. It is proposed that "conventionality control" should be understood in a more harmonious fashion, as an element of dialogue between the national and international systems. In this way, they will constitute complementary legal regimes – taking into account the principle of subsidiarity in international operations.

Keywords: *American Convention on Human Rights. Inter-American Court of Human Rights. Conventionality Control.*

I Introdução

“[N]othing does so much to stabilize and strengthen a republic as some institution whereby the changeful humours which agitate it are afforded outlet by way of the laws.” (Machiavelli, *The Discourses*, p. 124)

Machiavelli, um dos gênios da renascença italiana, já explicitava a relevância de se ter instituições baseadas no sólido edifício das leis. Ele entendia que isso era fundamental para que os “humores” não influenciassem as suas decisões. Agora em 2018, quando a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos faz 20 anos para o Brasil, parece que esse conselho é ainda mais relevante. Em um momento de antagonismos e polarizações, a compreensão das bases jurídicas e dos limites das instituições internacionais é de extrema importância para o nosso país e para o mundo.

O presente ensaio foca na Corte Interamericana (CORTE IDH) e no exercício de sua função jurisdicional. Há uma crescente parcela da doutrina que entende que existe um fenômeno de “constitucionalização” do Direito Internacional e particularmente do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). No caso da Corte, compreende que ela atua e ou deve atuar como uma Corte constitucional. Em verdade, inclusive a percebem como o fecho de um sistema “constitucional” (regional) com caráter ao mesmo tempo concentrado – última palavra sendo dessa Corte – e difuso – obrigatória análise por parte dos juízes internos em seus diferentes níveis.²

A proposta desses autores tende a se sustentar em 4 argumentos: I) direitos fundamentais (constitucionais) e direitos humanos (internacionais) possuem natureza comum; II) uma série de decisões internacionais parecem levar a essa conclusão (princípio

² Para uma visão holística, veja: BOGDANY, A. von; FERRER MAC-GREGOR, E.; ANTONIAZZI, M. A.; PIOVESANI, F.; SOLEY, X. **Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New *Ius Commune***. Oxford: Oxford University Press, 2017. Para uma visão brasileira: GUERRA, S. **Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado**, v. 2, n. 2, p.72-73, 2017.

da competência da competência – *kompetenz-kompetenz*); III) os arts. 1.1 e 2 da Convenção Americana estabelecem a obrigação de implementar os direitos presentes nos tratados internacionais; e IV) o art. 29 da mesma Convenção estabelece a obrigação de complementariedade do Direito Internacional e do Nacional na proteção dos Direitos Humanos, em conjunto com o princípio *pro persona*.

Buscaremos analisar cada um desses pontos para primeiramente entender o escopo possível da doutrina da “constitucionalização” do DIDH e posteriormente realizar uma modesta contribuição à doutrina. A intenção será descrever o processo de interação entre a Corte Interamericana e as Cortes nacionais; analisar as bases jurídicas nas quais ela ocorre; e, finalmente, sugerir como essa pode se configurar de maneira a dar conta do momento institucional e político que a região está vivenciando.

Nesse sentido, o artigo está dividido em três grandes partes. A inicial procura definir o âmbito da discussão. Entendendo e delimitando o que se quer dizer com “constitucionalização” do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Logo após, enfrenta-se justamente os quatro principais argumentos a favor e explicita porque eles não ultrapassam um crivo mais aprofundado. E a última modestamente procura fazer uma proposta de como se pode manter vivo o projeto de “constitucionalização” a partir de uma atitude pragmática ante a jurisprudência de Cortes de direitos humanos.

2 Estabelecendo o plano de discussão

A ideia de que está ocorrendo uma “constitucionalização” do Direito Internacional vem sendo discutida sobre uma série de rubricas nas últimas décadas.³ A ordem institucional internacional é comparada ao corpo jurídico do Estado.⁴ De um lado estão as organizações internacionais e do outro está o sistema estatal completo.⁵ Busca-se traçar paralelos, visualizar se realizam funções assemelhadas. Assembleias Gerais como a da ONU são entendidas como parlamentos (Legislativo); os Secretariados, como espécies de administração pública; os conselhos, como o de Segurança também da ONU, como um tipo de Executivo; e as Cortes, como símiles a tribunais nacionais (Judiciário).

³ Uma visão geral pode ser encontrada em: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, G. **The Constitutionalization of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. Anne Peters inclusive explicita que a expressão “constitucionalização” talvez seja um termo impróprio pra classificar o fenômeno. No entanto, a seu ver a doutrina de um modo geral o utiliza. Além do mais, possui uma utilidade ilustrativa e explicativa.

⁴ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. El Derecho Internacional Contemporáneo y la Ciencia Política: entre la Comprensión y la Modulación. In: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comitê Jurídico Interamericano (org.). **Curso de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos**. Rio de Janeiro, 2016, p. 465.

⁵ Uma exemplo desse tipo de exercício pode ser encontrado em: BROWNLIE, Ian. The United Nations as a Form of Government. In: FAWCETT, J.; HIGGINS, Rosalyn (ed.). **International Organization: Law in Movement, Essays in Honour of John McMahon**. Oxford: Oxford University Press, 1974, p. 26.

Em um segundo grupo de teorias encontra-se uma empreitada que ambiciona provar que certas instituições possuem funções constitucionais assemelhadas às encontradas em sistemas domésticos.⁶ Certamente se as circunstâncias fossem diferentes e se houvesse maior consenso valorativo no contexto supranacional, essa seria não só uma proposição possível, como potencialmente positiva.

Nas circunstâncias atuais, na polaridade ideológica que vivemos, em efeito, doutrinas desse tipo – ainda que muito bem intencionadas – correm o risco de gerar maior frustração e pôr a perder o edifício institucional construído nas últimas sete décadas desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

O presente trabalho se concentra em uma das versões da segunda linha de teorias. Mais especificamente, na que entende que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é em si uma Corte Constitucional para as Américas.⁷ O sistema interamericano teria inaugurado um sistema constitucional próprio das Américas para a proteção de direitos humanos.⁸ Seria como se ao aderir aos tratados interamericanos, os Estados houvessem concordado com um sistema valorativo “constitucional” para os direitos humanos que seria ao mesmo tempo paralelo e também comum.

2.1 Controle judicial – *judicial review* na Corte Interamericana

A proposição tem origem particularmente na própria jurisprudência da Corte Interamericana. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, juiz da Corte Interamericana, traça a sua origem no Caso *Barrios Altos vs. Perú*.⁹ Para ele, nesse caso, a Corte efetivamente deu início ao que posteriormente ficou conhecido como “controle de convencionalidade”.¹⁰ Entende-se isso como o resultado de um projeto amplo identificado pelos magistrados interamericanos e concretizado em suas decisões.¹¹

6 BOGDANY, A. von; FERRER MAC-GREGOR, E.; ANTONIAZZI, M. A.; PIOVESANI, F.; SOLEY, X. **Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New *ius Commune***. Oxford: Oxford University Press, 2017.

7 Existe uma discussão similar na Europa, no entanto, essa possui traços diferentes da deste lado do Atlântico. Para uma visão geral sobre como se desenvolve na Europa, veja: GREER, Steven; WILLIAMS, Andrew. Human Rights in the Council of Europe and the EU: Towards 'Individual', 'Constitutional' or 'Institutional' Justice? **European Law Journal. Review of European Law in Context**, v. 15, p. 462-481. jul. 2009. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1468-0386.2009.00473.x>.

8 DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, v. 50, p. 46, 2015b.

9 CORTE IDH. **Barrios Altos vs. Peru**. Merits, Judgment. Sentença de 14 de março de 2001. Série C, n. 75.

10 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Conventionality Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights. Symposium: The Constitutionalization of International Law in Latin America. **American Journal of International Law**, v. 109, 20 Jan. 2015, p. 93-99.

11 Dulitzky concorda que a jurisprudência parece retratar um *continuum* e buscar um verdadeiro projeto “constitucionalizante”.

O Caso Barrios Altos trata de uma lei de anistia do Peru que impedia a abertura de investigações criminais de fatos ocorridos no contexto do regime anterior. A Corte entendeu que a norma doméstica era manifestamente contrária à Convenção Americana e, portanto, não poderia ter “efeito legal”.¹² A atuação da Corte teria sido muito similar a de uma Corte Constitucional.¹³

A maioria dos juízes teria entendido ter competência para realizar, primeiro, a compatibilidade de uma lei com a convenção; e, segundo, para decretar que essa lei não teria efeitos no plano jurídico.¹⁴ Essas duas características são típicas de Cortes constitucionais com amplos poderes de “revisão judicial”¹⁵ – na expressão em inglês, *judicial review*.

Há que se explicitar como esse tipo de atuação é extraordinária para o campo internacional. A Corte Internacional de Justiça (CIJ), por exemplo, historicamente entendeu que as leis internas dos países entram no plano internacional meramente como fatos jurídicos. O relevante, então, são as consequências das normas nacionais. Não ocorre uma análise da existência, validade ou eficácia da lei doméstica; menos se é ou não compatível com o marco formal internacional a que se busca aplicação – tratado ou costume.

Pellet indica, por exemplo, que mesmo no Caso LaGrand em que a Corte adentra o tortuoso mundo da compatibilidade de diferentes planos normativos – leis estaduais, federais e normas internacionais – não houvesse esse tipo de análise. A CIJ afirmou que “a domestic law has been the **cause** of a violation of international law”.¹⁶ Disso, ele conclui que a Corte meramente identificou na lei norte-americana a causa eficiente da violação de uma norma internacional.¹⁷ No entanto, os juízes em momento algum teriam verifica-

12 CORTE IDH. **Barrios Altos vs. Peru**. Merits, Judgment. Sentença de 14 de março de 2001. Série: C, n. 75, par. 51.

13 Só para citar alguns exemplo de constitucionalistas que explicitam essa situação: BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A Teoria das Constituições Rígidas**. 2. ed. São Paulo: J. Bushatsky., 1997; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. Para uma visão crítica, veja: GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

14 Deve-se mencionar que o magistrado Ferrer MacGregor parece ser da opinião que os magistrados teriam tido a intenção de não limitar a sua constatação ao plano internacional, mas sim de que a lei não teria efeitos no plano interno.

15 Tushnet identifica essa similitude. (TUSHNET, M. **Weak Courts, Strong Rights**: judicial review and social welfare rights in Comparative Constitutional Law. Princeton: Princeton University Press, 2009. E-book.)

16 Caso LaGrand, Alemanha v. Estados Unidos, CIJ, (2001), par. 125. Vide: PELLET, Alain. Article 38. In: A. ZIMMERMANN, A.; TOMUSCHAT, Ch.; OELLERS-FRAHM, K. (ed.) **The Statute of the International Court of Justice a Commentary**. 2. ed., Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 781.

17 Idem

do se esta seria ou não compatível com o Direito Internacional e em que medida ou extensão. Igualmente, não teriam poderes para atacar a validade ou a eficácia de uma lei.¹⁸

Há, em tese, a possibilidade de Cortes Internacionais atuarem como “Cortes constitucionais”, realizando “controle de constitucionalidade” ou “*judicial review*”. Brownlie faz essa proposição, no entanto, chega à conclusão de que a CIJ não foi criada para se posicionar de maneira hierárquica da mesma forma que uma Corte Constitucional.¹⁹

Aljaghoub, expandindo na proposição de Brownlie, explicita que “the ICJ is not a ‘constitutional court’ regardless of the fact that it has been described as the guardian of legality for the international community as a whole.”²⁰ Ele entende que a Corte Internacional de Justiça não teria competência para atuar de forma a revisar atos normativos. Na sua visão, ainda que essas competências lhe tivessem sido dadas, não poderia adentrar o plano nacional. Poderia, no máximo, controlar os atos da própria organização, porque a sua jurisdição está adstrita ao instrumento “constitucional” a que se vincula, qual seja, a Carta da ONU o seu Estatuto.²¹

Nesse sentido, controle judicial de atos normativos não é uma característica geral de Cortes Internacionais. As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que seguem a mesma linha do Caso Barrios Altos devem estar baseadas em elemento específicos, relacionados ao seu instrumento constitutivo – a Convenção Americana de Direitos Humanos – e ao sistema normativo a que se refere.

2.2 Controle de convencionalidade como “sistema constitucional”

Além da função de controle judicial, a Corte IDH decidiu ir além. Em *Almonacid vs. Chile*, outro caso envolvendo leis de anistia, agora com relação ao Chile, entendeu que não só ela deveria fazer uma “revisão judicial”, como também os juízes chilenos deveriam ter feito um “controle de convencionalidade”.²²

18 Entende-se que a natureza da análise judicial internacional se relaciona com o esclarecimento das obrigações internacionais dos Estados. E não tem o condão de per se, por prudência ou conveniência, prescrever o modo como cada Estado as implementará no seu sistema interno.

19 BROWNLIE, Ian. *The United Nations as a Form of Government*. In: FAWCETT, J.; HIGGINS, Rosalyn (ed.). **International Organization: Law in Movement**. Essays in Honour of John McMahon. Oxford: Oxford University Press, 1974, p. 26.

20 ALJAGHOUB, Mahasen M. **The Advisory Function of the International Court of Justice 1946-2005**. Berlin: Springer, 2006, p. 81.

21 Idem.

22 Esse é o primeiro caso em que a Corte IDH utiliza a expressão “controle de convencionalidade”. Ainda que o juiz Sergio García Ramírez em seus votos tenha delineado os contornos conceptuais. (CORTE IDH. **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C, n. 101. Voto separado do juiz Sérgio García Ramírez.).

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.²³

A Corte Interamericana já havia afirmado anteriormente que existe uma obrigação dos Estados em adequar o seu ordenamento interno com a Convenção. Nesse sentido explicitou que

[u]na norma interna puede resultar violatoria de la Convención por ser irrazonable o porque no resulte “conforme” con ella y, por supuesto, una ley contraria a las obligaciones de un Estado derivadas de la Convención no puede ser estimada “razonable” ni “conveniente”.²⁴

Adicionalmente, havia concluído que

la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado.²⁵

²³ CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006, par. 124. (Grifo nosso).

²⁴ CORTE IDH. **Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)**. Parecer Consultivo OC-13/93, de 16 de julho de 1993. Série A, n. 13, par. 35. (Nem todos os casos possuem traduções oficiais ao português. Nessas circunstâncias, optou-se por manter na língua original, aqui em espanhol).

²⁵ CORTE IDH. **Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)**. Parecer Consultivo OC-14/94, de 9 de dezembro de 1994. Série A, n. 14, par. 50.

Nesses casos, ainda que, como vimos, fosse além da metodologia tradicional de Direito Internacional, enquadraram-se nas obrigações da Convenção Americana, a internalização das normas do tratado. É uma obrigação extra à existente nos arts. 1.1 e 2 da Convenção Americana. Além do mais, o que estava prescrevendo era a qualificação por parte dos órgãos do Sistema Interamericano de normas presentes nos ordenamentos jurídicos domésticos.²⁶ Não propunha deixá-los sem efeito per se e menos obrigava às instituições nacionais a atuarem de uma maneira ou de outra. Somente expunha que determinadas ações coadunavam a uma violação de obrigações internacionais.

Nesse sentido, parece que a Corte Interamericana efetivamente estendeu os seus poderes. Imaginou-se como o fecho da abóbada em um sistema de controle de “constitucionalidade” – que ela mesma chamou de “controle de convencionalidade”.²⁷ A Corte IDH seria uma espécie de Corte constitucional e as Cortes nacionais seriam um espaço de controle difuso. As últimas estariam obrigadas a seguir a interpretação “convencional” (das Convenções de Direitos Humanos) assumidos pela primeira.²⁸

A Corte vê-se em uma relação hierárquica superior às Cortes nacionais.²⁹ Torna-se, ainda que não explicitamente, a instância última de revisão da aplicação das Convenções de Direitos Humanos. Digamos que propõe um sistema similar e paralelo de “controle de convencionalidade”. Os magistrados nacionais são conclamados a, de um lado,

²⁶ “[L]a Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella, pero no lo es para dictaminar si contradice o no el ordenamiento jurídico interno de dicho Estado.” (CORTE IDH. **Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)**. Parecer Consultivo OC-13/93, de 16 de julho de 1993. Série A, n. 13. par. 57.)

²⁷ BOGDANY, A. von; FERRER MAC-GREGOR, E.; ANTONIAZZI, M. A.; PIOVESANI, F.; e SOLEY, X. **Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

²⁸ Uma série de artigos buscam retratar como se deu essa transformação. Para uma visão ampla desses, veja: CANTOR, Ernesto Rey. **Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos**. México, D.F.: Porrúa, 2008.; CASTILLA, Karlos. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. **XI Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XI, 2011, p. 593 et seq.; GARCÍA RAMÍREZ, S. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista Ius**, v. V, jul./dez. 2011, p. 1 et seq.; GIALDINO, R. E. Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos. **La Ley**, 2008, p. 1295; HITTERS, J. C. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Revista de Estudios Constitucionales**, v. 7, n. 2, 2009, p. 109.; CANTOR, Ernesto. Rey. Controles de convencionalidad de las leyes. In.: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (coord.). **La Ciencia del Derecho Processal Constitucional: Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus Cincuenta Años como Investigador del Derecho**. México: UNAM. 2008. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2562/16.pdf>.; RUIZ-CHIRIBOGA, O. The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin America. **Inter-American & European Human Rights Journal**, v. 3, 2010, p. 200.; SANGÜES, N. P. El “control de convencionalidad”, en particular sobre las constituciones nacionales. **La Ley**, v. LXXIII, 2009, p. 1 et seq.

²⁹ Nos cadernos de jurisprudência da Corte expõe-se da seguinte maneira: “Se trata de un examen de confrontación normativo (material) del derecho interno con la norma internacional, al redor de unos hechos – acción u omisión – internacionalmente ilícitos. La confrontación es una técnica jurídica que se denomina control y tiene por objeto asegurar y hacer efectiva la supremacía de la Convención Americana. En otros términos, preservar la prioridad y primacía del derecho internacional, respecto del derecho interno, incluida en este la propia Constitución del Estado.” (CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, n. 7: Control de Convencionalidad, 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>.)

realizar o controle de constitucionalidade, e de outro, a realizar o de convencionalidade.³⁰ Sendo que a última palavra quanto ao último é dada pela Corte IDH e esta pode, inclusive, dizer que a interpretação interna dada à Constituição não é compatível com uma Convenção Interamericana (de Direitos Humanos).³¹

Passamos a analisar agora as bases jurídicas que se alegam para dar suporte a esse câmbio fundamental na concepção da posição da Corte Interamericana *vis-à-vis* aos órgãos internos dos Estados.

3 Bases Jurídicas para a “Constitucionalização” do Direito Internacional dos Direitos Humanos

A defesa de uma visão constitucional do Direito Internacional dos Direitos Humanos pode ser feita sob diferentes aspectos: sociológicos, políticos, ideológicos e jurídicos. Vamos nos debruçar mais especificamente sobre este último. Para entendermos que Cortes de direitos humanos – a Interamericana em especial – possuem características capazes de fazer parte de um “sistema internacional tipicamente constitucional”³², é necessário que identifiquemos as bases jurídicas específicas que sustentam essa proposição. Como vimos acima os diversos autores tendem a encontrá-las em pelos 4 pontos. Passaremos a analisá-los agora.

3.1 A Natureza Comum – direitos fundamentais e direitos humanos

Direitos Fundamentais e Direitos Humanos dividem uma origem moral comum. Na tradição ocidental, inclusive, os traços filosóficos e históricos são convergentes. A despeito da famosa afirmação de Bobbio de que o mais importante é que tenhas conseguido acordar neles (nos direitos que queremos preservados)³³; em aspectos morais, ambos complexos de direito, podem ser identificados com os elementos mais básicos e

30 A Corte explicita esse paralelismo no Caso Boyce e Outros: “los tribunales nacionales no solo deben limitarse a realizar un examen de constitucionalidad de sus resoluciones, sino también de convencionalidad.” (CORTE IDH. **Caso Boyce y otros vs. Barbados**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007.)

31 Uma análise global da jurisprudência da Corte com ênfase nessa visão pode ser encontrada em: LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional**. 2017. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

32 Decidiu-se por utilizar essa expressão para não adentrarmos em um discussão árida sobre se estaríamos diante de um sistema constitucional transnacional, supranacional, paralelo, de integração. O relevante aqui é que ele é “internacional” no sentido que absorve a mais de um Estado e “constitucional” porque não possuiria características típicas de ordens constitucionais.

33 BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2004.

comuns da condição humana. Tanto direitos fundamentais, quanto direitos humanos se direcionam à proteção das necessidades e interesses primordiais dos seres humanos.

Essa unicidade originária e de propósito leva a uma compreensão de que esses direitos possuem uma mesma matéria e que devem ser universalmente preservados.³⁴ O que política e moralmente falando é tanto verdadeiro, quanto, positivo e desejável. Contudo, no quesito prático, os Direitos Fundamentais estão enquadrados nas Constituições dos países; e os Humanos, em tratados e costumes internacionais.³⁵

Ignorando o aspecto positivo, poder-se-ia dizer que tanto Direitos Fundamentais como Humanos possuem a mesma identidade e para tanto, devem ser tratados da mesma forma. A consequência disso é que eles deveriam ter o mesmo conteúdo e proteger igualmente aos indivíduos.

Não se pode negar que no Preâmbulo da Convenção Americana justifica-se a existência de instrumentos internacionais com base na unicidade moral comum:

Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos.³⁶

Nesse sentido, a “constitucionalização” do Direito Internacional dos Direitos Humanos parece ser uma forma de convergência entre os dois planos (o nacional e o internacional). O “controle de convencionalidade” nada mais seria do que uma extensão do “controle de constitucionalidade”, somente se utilizando de outros instrumentos normativos. A Corte IDH chega a entender, inclusive, que havendo dúvida ou contradição, deve prevalecer – sempre que mais protetiva – a Convenção Americana.³⁷

Efetivamente, do ponto de vista das vítimas, não há diferença se a proteção advém de uma norma de caráter internacional ou nacional. Pragmaticamente falando, o relevante é que efetivamente exista a proteção.

³⁴ A compreensão padrão é a de Pedro Nikken: NIKKEN, Pedro. El concepto de derechos humanos. In: **Seminário sobre Direitos Humanos**, 1996, Havana. Disponível em: <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/El-concepto-de-derechos-humanos-Pedro-Nikken.pdf>.

³⁵ Para um exemplo nacional, vide: SARLET, I. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

³⁶ Preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos, par. 3.

³⁷ No Caso Tentação de Cristo, por exemplo, a Corte Interamericana, ainda que não se utilizando da doutrina do controle de convencionalidade, explicita que mesmo perante uma disposição constitucional, a Convenção Americana deve prevalecer. (CORTE IDH. **Caso Tentação de Cristo vs. Chile**. Mérito, 2001b).

No entanto, a diferença em instrumento normativo se reflete nos mecanismos e remédios à disposição.

3.1.1 Mecanismos disponíveis:

Imaginemos que a violação seja de uma norma infraconstitucional. O aparato estatal está organizado para dar vazão e cumprimento à lei. A vítima pode procurar a autoridade competente e exigir uma atuação compatível. Se a violação vem de uma uma normativa de caráter constitucional, há a necessidade de buscar apoio e proteção legislativa (se for para suprir uma lacuna, ou judicial, ou ainda, se for para corrigir uma imprecisão normativa.)³⁸ Para ser considerada uma violação de um instrumento internacional, dependerá da organização estabelecida no mecanismo que o internalizou e o implementou no sistema nacional. O que pode seguir uma das rotas mencionadas acima – ser uma lei infraconstitucional ou ter nível constitucional.³⁹ Contudo, o que certamente está disponível é a rota internacional. Na Convenção Americana, por exemplo, há um sistema estabelecido em que os Estados e os indivíduos podem atuar.

Se um Estado aceita a jurisdição da Corte Interamericana – de maneira pontual, ou como o Brasil o fez em 1998, compulsoriamente; há o mecanismo disponível da petição individual que pode chegar desde a Comissão Interamericana, até a própria Corte.

3.1.2 Remédios acessíveis:

No caso dos remédios, historicamente, a lei interna regula especificamente quais causas terão que tipo de remédio. Por exemplo, se há uma violação de direito de propriedade, o direito interno deve regular o que se considera como acessível, variando desde a retomada da propriedade até a compensação monetária. Nesse sentido, os magistrados internos possuem capacidade para diretamente adentrar a esfera individual.

Ainda que o Sistema Interamericano tenha desenvolvido uma série de remédios de caráter mandamental,⁴⁰ esses ainda não impactam diretamente nos interesses e direi-

³⁸ A imprecisão pode ter diferentes formas. Pode ser uma norma que ela mesma viole completamente um direito humano, ou que somente parcialmente o viole, ou ainda, que gere discriminação.

³⁹ Existem outras duas opções: supralegal e supraconstitucional. Inclusive no sistema pátrio, de um modo geral, para tratados aprovados antes da Emenda Constitucional 45 e/ou sem se utilizar do regime especial do para. 3º do art. 5º da Constituição Federal, o regime é, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), de supralegalidade.

⁴⁰ ANTKOWIAK, Thomas M. Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 46, 2008, p. 368, 371.

tos dos indivíduos.⁴¹ O que queremos dizer é que existe a necessidade da mediação das estruturas internas do Estado. Não há a “automação” do julgamento. Mesmo que a Corte Interamericana decida que um Estado deve dar acesso a terras indígenas, por exemplo, não tem capacidade de ela mesmo entregá-las às vítimas. Prova clara dessa situação são os acordos para a implementação das sentenças.

De uma leitura rápida das decisões de cumprimento de sentenças da Corte IDH já se vislumbra as dificuldades para a efetivação das decisões. Ainda que em matéria de aparência e conteúdo, os remédios utilizados possam parecer similares – particularmente nos últimos anos; a realidade é que os magistrados internacionais não podem decidir o “como” se implementam internamente. Isso necessariamente é objeto de uma negociação entre a vítima e o Estado. O que a Corte tem feito é buscar escutar os dois lados e determinar se pode ou não encerrar o mecanismo de supervisão porque estão satisfeitas as demandas remediais.⁴²

Nesse sentido, ainda que exista uma unidade moral e até de ambição política entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, o plano em que se identificam e o instrumento em que estão positivados – seja uma Constituição, seja um Tratado Internacional – acabam por diferenciar necessariamente o seu tratamento (mecanismos e remédios). Isso impede que compreendamos que da origem comum deriva uma necessária unidade material, uma unidade de sistemas. Em outras palavras, essa unicidade não tem o condão de desnaturar de plano internacional para plano constitucional (independente de como se defina em integrado ou transnacional).

3.2 Artigos 1.1 e 2 – obrigação de garantia e de adotar disposições de direito interno

Logo após explicitar a doutrina de “controle de convencionalidade” no Caso Almonacid Arellano, a Corte Interamericana busca justificar a sua colocação mencionando as obrigações de garantir a proteção dos Direitos Humanos (art. 1.1 da Convenção) e de adotar disposições de direito interno.⁴³

⁴¹ Para uma discussão sobre o assunto, veja: WILSON, Richard J. Supporting or Thwarting the Revolution? The Inter-American Human Rights System and Criminal Procedure Reform in Latin America. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, v. 14, n. 2, 2008, p. 187-318.

⁴² O que definitivamente não ocorre com a frequência esperada. Há que se aclarar que, na grande maioria dos casos, a porção de restituição e, muitas vezes, a de mudanças legislativas ocorrem. Provavelmente a mais complexa seja a de investigação e punição (elemento penal).

⁴³ CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006, Série C, n. 154, par. 125 et seq.

Justo no parágrafo posterior, a Corte retoma a sua jurisprudência como se completamente constante explicando que

[n]esta mesma linha de ideias, esta Corte estabeleceu que, “[s]egundo o Direito Internacional, as obrigações por este impostas devem ser cumpridas de boa fé e o Direito Interno não pode ser invocado para justificar seu descumprimento”⁴⁴. Esta regra foi codificada no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.⁴⁵

Ela parece entender que o “controle de convencionalidade” flui de dois elementos: I) da obrigação de dar cumprimento, garantir direitos e adotar medidas (arts. 1.1. e 2 da Convenção Americana); e II) da obrigação geral de *pacta sunt servanda* positivada na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Os Estados estariam, então, obrigados a realizar um “controle de convencionalidade” porque teriam que adotar medidas para proteger os direitos presentes em instrumentos internacionais. Haver se comprometido com o sistema, *ipso facto* obrigaria os Estados a internalizar as Convenções de Direitos Humanos, dar-lhes hierarquia relevante (minimamente constitucional) e dar poderes aos diversos órgãos nacionais de revisar as suas leis e compatibilizá-las com o sistema interamericano.

Essa, no entanto, não é a interpretação tradicional que se dá à obrigação internacional de cumprir com o pactuado,⁴⁶ e nem a compreensão tradicional dada aos arts. 1.1 e 2 da Convenção Americana. Historicamente, no contexto de Direitos Humanos, a integração entre os planos internacional e nacional se dá por um princípio de subsidiariedade e complementariedade.⁴⁷

Evidências de que essa era a lógica que se buscava positivar na Convenção Americana abundam. Primeiro, no já mencionado preâmbulo reconhece-se “uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”.⁴⁸

⁴⁴ CORTE IDH. **Responsabilidade Internacional por Expedição e Aplicação de Leis Violatórias da Convenção (Arts. 1 e 2 Convenção Americana Sobre Direitos Humanos)**. Parecer Consultivo OC-14/94 de 9 de dezembro de 1994, Série A, n. 14, par. 35. (Citação já presente no original).

⁴⁵ CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, n. 154, par. 125.

⁴⁶ No caso do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, por exemplo, o Comitê de Direitos Humanos estabeleceu: “[the ICCPR] allows a State Party to pursue [the Covenant’s substantive guarantees] in accordance with its own domestic constitutional structure and accordingly does not require that the Covenant be directly applicable in the courts, by incorporation of the Covenant into national law” (U.N. Human Rights Comm., General Comment n. 31: **The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant**, par. 13, 15, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004).

⁴⁷ Para uma visão do histórico, veja: BUERGENTHAL, Thomas. Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista IIDH**, v. 39, 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-1.pdf>.

⁴⁸ Convenção Americana sobre Direitos Humanos, preâmbulo, par. 3. (Grifo nosso).

Igualmente, aos Estados é resguardada a responsabilidade primária de proteção. Somente se ela for insuficiente, falha ou incapaz, o sistema deve entrar em vigor. O acesso ao plano internacional, por exemplo, dá-se somente após esgotados os recursos internos.⁴⁹ Mesmo em casos de gravidade e urgência, indivíduos só possuem acesso em situações extremas e, no caso da Corte, por meio da Comissão ou quando um caso já estiver pendente.⁵⁰ Assim ela reconhece que tem um papel subsidiário. No Caso *Massacre de Santo Domingo vs. Colombia* exorta que

[...]a responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁵¹.

A linguagem dos arts. 1.1 e 2 também nos leva no mesmo sentido. As obrigações são de respeitar e garantir os direitos reconhecidos no tratado. Com relação ao direito interno, o que a Convenção demanda é “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.”⁵² Precipua mente, a obrigação está endereçada ao Legislativo. Adicionalmente, ela reconhece que as medidas devem ser tomadas na proporção e de acordo com a estrutura constitucional estatal. Por fim, o que se almeja é o padrão de proteção que deve ser efetivo.

Em momento algum prescreve-se como deve se dar a internalização. Dulitzky corajosamente expõe que [f]rom the text of the Convention nothing can be derived about how the Convention should be domestically incorporated nor if it should rank at any particular level in the domestic system. It is for each State to decide what place to assign the Convention in its domestic legal system.⁵³

E ele está correto, não há nada na convenção que efetivamente prescreva um mecanismo específico pelo qual a convenção ou qualquer outro tratado deve ser internaliza-

⁴⁹ Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 46.

⁵⁰ Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 63(2).

⁵¹ CORTE IDH. **Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia**. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. par. 142.

⁵² Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 2, grifo nosso.

⁵³ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, v. 50, p. 46, 2015b.

do.⁵⁴ O que se requer é que efetivamente se garanta que esses direitos sejam protegidos. A própria Corte sublinha essa questão quando diz que “ao regulamentar tais condições, os Estados Partes estão obrigados a assegurar o gozo das garantias necessárias para o exercício dos direitos e liberdades, incluindo os direitos à proteção judicial e aos recursos legais (artigos 8 e 25 da Convenção).”⁵⁵ Ela reconhece que o objetivo primordial é o de garantir, independentemente do mecanismo.⁵⁶ Até porque, há modos de internalização que são mais eficazes ou não em cada um dos ordenamentos jurídicos. Peculiaridades culturais, sociais, morais e organizacionais podem influir no resultado final.

Igualmente, em outros casos a Corte explicitou que o exercício do “controle de convencionalidade” deve ser feito “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.⁵⁷

Além do mais, paradoxalmente, a Corte IDH afirmou que “la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad.”⁵⁸ Ainda que a doutrina do “controle de convencionalidade” seja um modelo de como as Convenções – e a jurisprudência – devem ser implementadas pelos órgãos do país.

Portanto, a base jurídica para o sistema de “controle de convencionalidade”, assim como prescrito pela Corte e descrito pelos doutrinadores, não flui dos arts. 1.1 e 2 da Convenção Americana. O conceito tradicional de subsidiariedade está positivado no tratado.

Agora, pode-se dizer que o método descrito pela Corte IDH é conveniente para a garantia dos Direitos Humanos, assim como estabelecidos e interpretados por ela.⁵⁹ O Estado têm mais oportunidades para se adequar à interpretação preconizada pelos ma-

54 Ser cético de como as obrigações internacionais podem ad nihil prescrever um modo específico de internalização não é algo único nem incomum na doutrina do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Veja, por exemplo: CAMPBELL, Tom; EWING K.D.; TOMKINS, Adam. **Sceptical Essays on Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

55 CORTE IDH. **Exibibilidade do Direito de Retificação ou Resposta (artigos 14.1, 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)**. Parecer Consultivo OC-7/86, de 29 de agosto de 1986. Série A, n. 7., par. 33.

56 Paradoxalmente, a Corte IDH explicitou que “la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad.”

57 CORTE IDH. **Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, par. 180; CORTE IDH. **Caso Radilla Pacheco vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, par. 339; CORTE IDH. **Caso Fernández Ortega y otros. vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, par. 2369; CORTE IDH. **Caso Rosendo Cantú y otra vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, par. 219; CORTE IDH. **Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de janeiro de 2014, par. 151.

58 CORTE IDH. **Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de janeiro de 2014, par. 124.

59 Em outro lugar eu expliquei como o sistema brasileiro por estabelecer um grau de supralegalidade a tratados de direitos humanos como a Convenção Americana abria espaço para possíveis condenações internacionais. Vide: PERRONE, C. **Complementariedade entre Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Constitucional: O caso da “supralegalidade” no Brasil**. 2009. Tese depositada na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

gistrados interamericanos. Ainda mais quando os sistemas internos dos países estabelecem um grau hierárquico superior ou igual ao das suas constituições.⁶⁰

No entanto, essa é uma questão completamente diferente. Pode-se analisar a prudência dessa decisão. O que não faz com que sirva de base jurídica para uma obrigação estatal e muito menos para assegurar a competência de um órgão. Ou seja, entender como um “instrumento de constitucionalização” do Direito Internacional dos Direitos Humanos não parece ser o mais adequado.

3.3 Decidindo sobre sua Competência (*Kompetenz-kompetenz*):

O argumento mais complexo a se enfrentar talvez seja o de que uma Corte pode decidir sobre a sua competência.⁶¹ Por que não podem Cortes internacionais seguir o exemplo norte-americano e por analogia chegar às mesmas conclusões do Caso *Marbury vs. Madison*⁶² que inaugura a doutrina de *judicial review* ou “controle de constitucionalidade”? Por que não podem decidir que têm a capacidade de anular atos? Há quem defenda isso para a CIJ.⁶³

O princípio da *kompetenz-kompetenz* ou *competence de la competence* é considerado um pilar do direito, um “princípio geral de direito”.⁶⁴ A Corte que possui competência para decidir o caso também o tem para decidir sobre os limites dos seus próprios poderes. Mas isso quer dizer que não existem limites às decisões dos magistrados? Podem estes decidir que têm competência para tudo?

Logicamente, os magistrados são obrigados a decidir sob uma base legal anterior. Eles podem interpretar a norma que lhes dá poderes, mas não podem criar poderes que não estão presentes. Nesse sentido, como vimos acima, é necessário que exista uma

⁶⁰ Muitas das Constituições latino-americanas, por exemplo, seguem esse raciocínio. De acordo com o Supremo Tribunal do Brasil, esse não é necessariamente o nosso caso, particularmente após a Emenda Constitucional 45/2004.

⁶¹ Princípio conhecido como *kompetenz-kompetenz* ou *competence-competence*.

⁶² A Suprema Corte decidiu que uma lei ordinária não podia dar mais poderes para o Judiciário além dos que a Constituição prescreve. Sendo assim, deixou sem efeitos uma norma por desconformidade com preceitos constitucionais. (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *Marbury vs. Madison*, 1803.)

⁶³ REISMAN, W. Michael. The Constitutional Crises in the United Nations. *American Journal of International Law*, v. 87, 1993, p. 95.

⁶⁴ Decisões tanto da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) como da Corte Internacional de Justiça (CIJ) expõe como uma função derivada da própria atividade jurisdicional. Veja: Caso *Nottebohm*: “[A]n international tribunal has the right to decide as to its own jurisdiction... [and t]he judicial character of the Court and the rule of general international law referred to above are sufficient to establish that the court is competent to adjudicate on its own jurisdiction in the present case.” (CIJ. **Caso Nottebohm (Liechtenstein vs. Guatemala)**. 1953, par. 111, 119-20); Opinião Consultiva n. 16: “[A]ny body possessing jurisdictional powers has the right in the first place itself to determine the extent of its jurisdiction.” (PCJI. Opinião Consultiva n. 16, **Interpretation of the Greco-Turkish Agreement**. 1928, par. 15).

estrutura, uma base jurídica anterior. Se esta não advém de uma característica do próprio instrumento jurídico – Direito Internacional geral; deve vir de outra base legal sólida.

No contexto interamericano, esta fundação resta na Convenção Americana. O desafio que se impõe, portanto, pode ser enquadrado, nas palavras de Dulitzky, da seguinte forma: “in Latin America, it would be more appropriate to say that we are under the American Convention on Human Rights, but the Convention is what the judges of the Inter-American Court of Human Rights say it is.”⁶⁵

O argumento, então, seria que por a Corte IDH poder decidir sobre a sua competência, pode esta então “interpretar” a Convenção Americana no sentido de expandir as funções. De outra maneira, por ela poder determinar quais são as fronteiras de suas competências, existira uma autorização implícita de ela adicionar ou pelo menos desnatuar os poderes que lhes foram dados pelo seu tratado fundador.

Em outras circunstâncias a Corte utilizou um argumento similar para estabelecer uma nova forma de jurisdição que não estava presente nos seus poderes originais: a de supervisão de sentenças.⁶⁶ O Panamá alegou que a Corte IDH não teria jurisdição para realizar esse tipo de exame, essa supervisão de sentenças – uma espécie de procedimento executório, sem os efetivos poderes dados a uma execução. Por seu lado, os magistrados asseveraram que tinham competência, pois o poder de “monitorar” o cumprimento de sentenças seria inerente ao poder de julgar. Por possuírem competência para julgar os limites da sua própria competência (*compétence de la compétence/ kompetenz-kompetenz*) podiam “decidir os limites de seus poderes implícitos”.⁶⁷

Toda Castán corretamente identificou que essa não parece ser a melhor aplicação da doutrina da *compétence de la compétence/ kompetenz-kompetenz*.⁶⁸ Efetivamente, a teoria mais aceita seria a de que as Cortes possuem poderes para decidir se uma competência em particular pode ser exercida em um caso concreto, em uma ocasião que se apresenta frente a esse tribunal específico.⁶⁹

Da mesma forma para o “controle de convencionalidade”, já vimos que essa proposição não flui do texto do tratado, ainda que possa prudencialmente ser recomendável.

65 DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, v. 50, p. 46, 2015b.

66 CORTE IDH. **Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá**. Competência. Sentença de 28 de novembro de 2003. Série C, n. 104, par. 59 a 83.

67 Idem. (Grifo nosso).

68 TODA CASTÁN, D. **The transformation of the Inter-American system for the protection of Human Rights**. The structural impact of the Inter-American Court's case law on amnesties. EMA awarded thesis. Venice: European Inter-University Institute. Awarded Thesis 2010/2011. Disponível em: https://globalcampus.eiuc.org/bitstream/handle/20.500.11825/129/GC%20Awarded%20Thesis_Daniel_Toda_Castan.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

69 SHELTON, D. Form, Function and the Powers of International Courts. *Chicago Journal of International Law*, v. 9, n. 2, Winter 2009, p. 546.

Nesse sentido, o que a Corte está fazendo não é decidir sobre um poder que lhe foi outorgado, mas sim, sobre um possível poder inerente que ela possa vir a ter.

Da mesma forma, somos obrigados a concordar com Toda Castán que estes não podem ser considerados como poderes inerentes. Nem ao poder de “revisão ou controle judicial”, no sentido de considerar inválida ou sem efeito uma lei ou ato normativo, é implícito ter jurisdição;⁷⁰ nem Cortes internacionais possuem esses poderes. A Corte Europeia de Direitos Humanos, uma símile da Interamericana, por exemplo, é bastante mais restrita.

3.3.1 O Desafio do Sistema Europeu

A Corte de Justiça da União Europeia (CJUE) é um desafio a essa visão. Ela pode gerar efeitos nacionais diretos e aparentemente se auto-outorgou esses poderes.⁷¹ Ao que tudo indica, existiria o exemplo da Corte da União Europeia no Caso Van Gend en Loos que explicita que os tratados das Comunidades Europeias – nome anterior – “constitute a new legal order of international law”.⁷²

No entanto, essa visão não se sustenta, visto que de fato não foi uma decisão de uma Corte em separado, mas uma decisão em um ordenamento jurídico com vistas à União. O projeto europeu é de uma união de caráter constitucional. Segue inclusive um modelo similar ao da União alemã, em que os estados (Ländern) se juntaram para formar um sistema federativo.⁷³ Sendo assim, ainda que o instrumento utilizado seja um tratado, ainda que as decisões sejam de uma corte internacional, elas estão num contexto singular e esse não tem relação com matéria – e seu caráter valorativo “superior”, “fundamental”.

Delbruek, por exemplo, ao analisar o exemplo europeu, *accomplice* que “the regional experience of today is of such a particular nature, made in more or less culturally and politically homogeneous regions, that it hardly could be taken as a model that could be easily transferred elsewhere”.⁷⁴ Ou seja, o sistema criado para a União Europeia é ex-

⁷⁰ Em vários Estados as suas Cortes não possuem esse poder. Vide por exemplo: TUSHNET, M. **Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2009. E-book.

⁷¹ BERNHARDT, Rudolf. Commentary: The European System. **2 Conn J Intl L**, v. 299, p. 299-300, 1987.

⁷² CORTE DE JUSTIÇA UE. **Caso Van Gend en Loos vs. Nederlandse administratie der belastingen**, 1963, par. 12. Por exemplo, Spiermann coteja nesse sentido diferenciando da Corte Permanente de Justiça Internacional. SPIERMANN, Ole. **International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice**. The Rise of the International Judiciary. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 80.

⁷³ GROTHE, E. **Zwischen Geschichte und Recht**. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung. 1900–1970. München, 2005, p. 35-42.

⁷⁴ DELBRUCK, Jost. International Protection of Human Rights and State Sovereignty. **Indiana Law Journal**, v. 57, fall 1982, p. 576. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2302&context=ilj>.

tremamente especial e específico que não serve de modelo para o modo como outras Cortes possam atuar. Ele necessariamente pressupõe um processo de integração.

Além disso, as decisões da Corte da União Europeia passaram por um crivo de aceitação constitucional interno. Provavelmente a maior prova disso sejam os casos que chegaram a Cortes Constitucionais de países Europeus, mormente na Alemanha. A ratio nestes foi justamente a de que há uma autorização constitucional que permite a aceitação do sistema europeu – decisões das Cortes incluídas – somente enquanto respeitarem as partes mais fundamentais das Constituições nacionais.⁷⁵ Dito de outro modo, o fecho do sistema, em último caso, não é a CJUE, mas cada Corte Constitucional de cada país.

O que se tem no sistema da União Europeia na realidade é uma abertura constitucional, em um sistema muito mais amplo de integração, que inclui a participação democrática em algum grau. Dessa forma, em um paralelo razoável, para aqueles países que integram a Convenção ao seu sistema Constitucional, o controle de convencionalidade pode se tornar parte integrante do controle de constitucionalidade interno, isso pode ocorrer quando existe uma decisão interna do marco constitucional do país e não por decisão da Corte Interamericana.

4 Art. 29 – Princípio *pro persona*

Por último, deve-se enfrentar o argumento de que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 29, estabeleceu um sistema de complementariedade dos planos nacional e internacional de proteção dos Direitos Humanos. De fato, esta cláusula da Convenção proíbe interpretar as disposições do tratado no intuito de restringir os direitos existentes em qualquer norma nacional.⁷⁶ Da mesma forma, impede interpretações que limitem os efeitos de outros instrumentos internacionais de proteção (Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem inclusive).⁷⁷ Muitos autores compreendem isso como um indicativo da posituação de um princípio maior de proteção à pessoa humana, *pro persona*.⁷⁸

⁷⁵ Veja por exemplo os casos: So Lange, Maastricht e Lisbon da Corte Constitucional Alemã.

⁷⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. In: **Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos**, San José, Costa Rica, 22 nov. 1969, art. 29 (b).

⁷⁷ Idem, art. 29 (d).

⁷⁸ Talvez um dos maiores expoentes seja: CANÇADO TRINDADE, A. A. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 434 e 435.

Esse princípio, no entanto, não tem o condão de estabelecer as bases jurídicas do “controle de convencionalidade”. Isso porque, ainda que ambos versem sobre a relação entre Direito Internacional e Direito Nacional, o princípio *pro persona* meramente serve como critério hermenêutico, no qual a regra mais protetiva para a pessoa deve prevalecer.⁷⁹ No caso do art. 29, isso resta claro. No plano internacional, independente da origem do direito, a Corte Interamericana deve aplicar a norma que mais favoreça a vítima – seja ela caráter doméstico ou internacional, desde que aplicável à pessoa.

5 Conclusão – Uma modesta proposta

Vimos que as bases jurídicas do “controle de convencionalidade” efetivamente ou não foram expressas até o momento, ou os principais possíveis argumentos não parecem ser capazes de passar um alto grau de segurança jurídica. No entanto, a ideia de “constitucionalização” do Direito Internacional dos Direitos Humanos possui a excelente capacidade de servir de modelo descritivo de uma relação positiva entre os dois planos de proteção da pessoa humana, o internacional e o nacional.

Nesse sentido, propomos que se retome a análise, com essas lentes, de como podemos aprimorar o sistema de proteção dos direitos humanos. Para tanto, Dulitzky sugere uma abordagem dialógica entre as Cortes nacionais e internacionais, na qual o “controle de convencionalidade” serve de “bridge to increase judicial dialogue”.⁸⁰ Na sua base, essa sugestão guarda bastante mérito. Ela tem a capacidade de manter muito da construção jurisprudencial trazida pelo sistema interamericano; mas abre espaço para os sistemas domésticos últimos buscarem as soluções mais adequadas aos seus contextos nacionais.

Dois dos argumentos são verdadeiramente interessantes e devem ser retomados. Primeiro, a autoridade da Corte IDH está limitada pela sua incapacidade de absorver um grande volume de casos e por não ter um mecanismo de execução diretamente efetivo. Dessa feita, depende em grande parte de uma comunidade de juízes de países-membros que esteja disposta a interagir com a corte e seus precedentes.⁸¹

Segundo, o diálogo entre as Cortes permite não só o ajuste ao contexto local, como também a elaboração de decisões e padrões que sejam mais elevados do que os pre-

⁷⁹ NETTO, C. C. B. **Princípio pro persona**: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018.

⁸⁰ DULITZKY, Ariel E. An Alternative Approach to the Conventionality Control Doctrine. **American Journal of International Law**, v. 109, 20 jan. 2015a, p. 107-108.

⁸¹ *Idem*.

conizados pelas Convenções. Mais claramente dão vazão ao objetivo exposto com o art. 29 da Convenção Americana.

A nossa contribuição vai no sentido de que esse diálogo seja entendido do ponto de vista da criação de padrões efetivamente regionais de direitos humanos. A Corte IDH pode ter um papel decisivo na unificação e consolidação de padrões de proteção consagrados na experiência política e jurídica dos países-membros.

Pensando em uma “constitucionalização” do sistema internacional de direitos humanos, a melhor analogia deve ser a de um mecanismo de complementação entre Cortes e não o de hierarquização. Lembrando, a Corte IDH já decidiu que o que se instaura é “un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria).”⁸²

Portanto, propomos que o “controle de convencionalidade” seja entendido como um elemento de diálogo entre os sistemas nacionais e internacionais. Sendo que as ordens domésticas devem ter espaço para adequar os mecanismos de proteção ao contexto doméstico e a ordem internacional se configure de maneira complementária, considerando o princípio da subsidiariedade da atuação internacional.

Só assim, o Sistema Interamericano poderá ter autoridade e legitimidade frente a fissuras no tecido moral e o seu consequente antagonismo político.

Referências:

ALJAGHOUB, Mahasen M. **The Advisory Function of the International Court of Justice 1946-2005**. Berlin: Springer, 2006.

ANTKOWIAK, Thomas M. Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 46, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A Teoria das Constituições Rígidas**. 2. ed. São Paulo: J. Bushatsky, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERNHARDT, Rudolf. Commentary: The European System. **2 Conn J Intl L**, v. 299, p. 299-300, 1987.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2004.

BOGDANY, A. von; FERRER MAC-GREGOR, E.; ANTONIAZZI, M. A.; PIOVESANI, F.; SOLEY, X. **Transformative Constitutionalism in Latin America**: The Emergence of a New *ius Commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

⁸² CORTE IDH. **Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia**. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, par. 143.

BROWNLIE, Ian. The United Nations as a Form of Government. In: FAWCETT, J.; HIGGINS, Rosalyn (ed.). **International Organization: Law in Movement**. Essays in Honour of John McMahon. Oxford: Oxford University Press, 1974.

BUERGENTHAL, Thomas. Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista IIDH**, v. 39, 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/RO6729-1.pdf>.

CAMPBELL, Tom; EWING K.D.; TOMKINS, Adam (ed.). **Sceptical Essays on Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

CANÇADO TRINDADE, A. A. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

CANTOR, Ernesto Rey. **Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos**. México, D.F.: Porrúa, 2008.

_____. Controles de convencionalidad de las leyes. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. (coord.). **La Ciencia del Derecho Processal Constitucional**: Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus Cincuenta Años como Investigador del Derecho. México: UNAM, 2008. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2562/16.pdf>.

CASTILLA, Karlos. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. **XI Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XI, 2011.

CORTE DE JUSTIÇA UE. **Caso Van Gend en Loos vs. Nederlandse administratie der belastingen**, 1963.

CORTE IDH. **Exibibilidade do Direito de Retificação ou Resposta (artigos 14.1, 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)**. Parecer Consultivo OC-7/86, de 29 de agosto de 1986. Série A, n. 7, par. 33.

_____. **Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)**. Parecer Consultivo OC-13/93, de 16 de julho de 1993. Série A, n. 13.

_____. **Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)**. Parecer Consultivo OC-14/94, de 9 de dezembro de 1994. Série A, n. 14.

_____. **Caso Barrios Altos vs. Peru**. Mérito, Julgamento. Sentença de 14 de março de 2001. Série C, n. 75.

_____. **Caso Tentação de Cristo vs. Chile**. Mérito, 2001b.

_____. **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de novembro de 2003. Série C, n. 101. Voto separado do juiz Sérgio García Ramírez.

_____. **Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá**. Competência. Sentença de 28 de novembro de 2003. Série C, n. 104.

_____. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006.

_____. **Caso Boyce y otros vs. Barbados**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007.

_____. **Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008.

_____. **Caso Radilla Pacheco vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009.

_____. **Caso Fernández Ortega y otros. vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010.

_____. **Caso Rosendo Cantú y otra vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

_____. **Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia**. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012.

_____. **Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de janeiro de 2014.

DELBRUCK, Jost. International Protection of Human Rights and State Sovereignty. **Indiana Law Journal**, v. 57, fall 1982, p. 576. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2302&context=ilj>.

DULITZKY, Ariel E. An Alternative Approach to the Conventionality Control Doctrine. **American Journal of International Law**, v. 109, 20 jan. 2015a.

_____. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, v. 50, p. 46, 2015b.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Conventionality Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights. Symposium: The Constitutionalization of International Law in Latin America. **American Journal of International Law**, v. 109, 20 jan. 2015.

GARCÍA RAMÍREZ, S. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista Ius**, v. V, jul./dez. 2011.

GIALDINO, R. E. Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos. **La Ley**, 2008.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GREER, Steven; WILLIAMS, Andrew. Human Rights in the Council of Europe and the EU: Towards 'Individual', 'Constitutional' or 'Institutional' Justice? **European Law Journal. Review of European Law in Context**, v. 15, p. 462-481. jul. 2009. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1468-0386.2009.00473.x>.

GROTHE, E. **Zwischen Geschichte und Recht**. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung. 1900–1970. München, 2005.

GUERRA, S. Avanços e Retrocessos sobre o Controle de Convecionalidade na Ordem Jurídica Brasileira: Uma análise do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. In: **Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado**, v. 2, n. 2, p.72-73, 2017.

HITTERS, J. C. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Revista de Estudios Constitucionales**, v. 7, n. 2, 2009.

KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional**. 2017. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

NETTO, C. C. B. **Princípio pro persona**: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018.

NIKKEN, Pedro. El concepto de derechos humanos. In: SEMINÁRIO SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1996, Havana. Disponível em: <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/El-concepto-de-derechos-humanos-Pedro-Nikken.pdf>

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. In: **Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos**, San José, Costa Rica, 22 nov. 1969.

PELLET, Alain. Article 38. *In*: A. ZIMMERMANN, A.; TOMUSCHAT, Ch.; OELLERS-FRAHM, K. (ed.). **The Statute of the International Court of Justice**. A Commentary. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

PERRONE, C. **Complementariedade entre Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Constitucional**: O caso da "supralegalidade" no Brasil. 2009. Tese depositada na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

REISMAN, W. Michael. The Constitutional Crises in the United Nations. **American Journal of International Law**, v. 87, 1993, p. 95.

RUIZ-CHIRIBOGA, O. The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin America. **Inter-American & European Human Rights Journal**, v. 3, 2010.

SANGÜES, N. P. El "control de convencionalidad", en particular sobre las constituciones nacionales. **La Ley**, v. LXXIII, 2009.

SARLET, I. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SHELTON, D. Form, Function and the Powers of International Courts. **Chicago Journal of International Law**, v. 9, n. 2, winter 2009.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. **Marbury vs. Madison**, 1803.

TODA CASTÁN, D. **The transformation of the Inter-American system for the protection of Human Rights**. The structural impact of the Inter-American Court's case law on amnesties. EMA awarded thesis. Venice: European Inter-University Institute. Awarded Thesis 2010/2011. Disponível em: https://globalcampus.eiuc.org/bitstream/handle/20.500.11825/129/GC%20Awarded%20Thesis_Daniel_Toda_Castan.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

TUSHNET, M. **Weak Courts, Strong Rights**: judicial review and social welfare rights in Comparative Constitutional Law. Princeton: Princeton University Press, 2009. E-book.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. El Derecho Internacional Contemporáneo y la Ciencia Política: entre la Comprensión y la Modulación. *In*: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comitê Jurídico Interamericano (org.). **Curso de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos**. Rio de Janeiro, 2016.

WILSON, Richard J. Supporting or Thwarting the Revolution? The Inter-American Human Rights System and Criminal Procedure Reform in Latin America. **Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas**, v. 14, n. 2, 2008.

16 CORTE INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS:
DESAFIO PARA ALÉM DA
JURISDIÇÃO CONTENCIOSA
OBRIGATÓRIA

Saulo Stefanone Alle¹

Resumo: A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem o desafio de reafirmar sua identidade em um ambiente multicultural, promovendo a interação e a valorização de diversas realidades nacionais. Sob essa perspectiva, a riqueza argumentativa é fundamental para o aprimoramento da defesa e promoção dos direitos humanos, bem como para a prevenção aos riscos de conversão dos sistemas internacionais em mecanismos de controle hegemônico. Ademais, a ideia de direitos humanos é indissociável de seu conteúdo ético e, portanto, revela-se em cada situação de modo único, não esgotando seu valor em enunciações abstratas e gerais. Nesse sentido, o presente texto aponta aspectos da atuação da Corte IDH que devem ser cuidadosamente considerados, como a necessidade de manutenção de um diálogo crítico permanente, afastando a ilusão e os riscos de uma perspectiva na qual a sua efetividade está atrelada simplesmente a uma pretensa superioridade hierárquica.

Palavras-chave: Corte IDH. Jurisdição contenciosa obrigatória. Multiculturalismo. Legitimidade. Ética.

Abstract: *The challenge of the Inter-American Court of Human Rights is to settle its identity in a multicultural environment, promoting the interaction and appreciation of several national realities. Under this perspective, the plurality of arguments is vital to improve the defense and buildup of human rights, preventing the risk of turning international systems into hegemonic control mechanisms. In fact, the very idea of human rights is inseparable from its ethical content and, therefore, in each situation it is materialized in a singular way, not exhausting its value in abstract and general statements. In this sense, this text pinpoints aspects of the IDH Court, which must be carefully considered, such as the need to maintain a permanent critical dialogue, staying away from the illusion and risks arising from a perspective the effectiveness of which merely derives from an alleged hierarchical superiority.*

Keywords: *IDH court. Mandatory litigation jurisdiction. Multiculturalism. Legitimacy. Ethics.*

¹ Doutor e mestre em direito internacional, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

I Introdução

No filme “O Resgate do Soldado Ryan”,² o cabo Timothy Upham (Jeremy Davies) pede que o capitão John Miller (Tom Hanks) e seus homens não executem um soldado inimigo, rendido – o mesmo que matará o capitão John Miller no final do filme. Um conflito se instala inicialmente a partir “das Convenções de Genebra” (é contra o regulamento), ao ponto de comprometer a unidade da equipe com manifestações de insubordinação. Ao final, o personagem vivido por Tom Hanks sintetiza a razão ética, verdadeira, pela qual decidiu não matar o inimigo. Conta quem era antes de ir à guerra – um professor que se reconhece mudado pelo que viveu nos campos de batalha, e que sente que a cada homem que mata fica mais distante de quem era.

A cena tem absoluta relação com os direitos humanos. Sua gênese está retratada no contexto da Segunda Guerra, em que o filme se passa, e na percepção de como o agir humano pode corromper a própria natureza da humanidade – que é o cerne da cena retratada. Mais do que isso, a cena lembra como é difícil, em momentos de crise, tomar a decisão correta, como a legitimidade da decisão vai além do texto das regras e como a clareza em sua comunicação faz toda a diferença para sua efetividade.

A efetividade se dá, no caso, não pela imposição hierárquica, ou pela vinculação, mas pelo argumento que convence a todos, que instaura o consenso. O capitão é tão parte do problema e da dificuldade quanto os demais, recorre à sua humanidade e à aquilo com que todos se identificam: um professor, de crianças, que tem o desejo de viver seus afetos e sua humanidade, que sabe que matar alguém numa situação daquelas não é jurídica ou eticamente bom, porque o afastará de ser a pessoa que tem como ideal.

Longe de ser um discurso emotivo, a análise brevemente apresentada pretende problematizar um aspecto da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como das Cortes internacionais de direitos humanos em geral: a importância de zelar pelo reconhecimento da legitimidade de suas decisões. Uma posição hierarquicamente superior ou juridicamente vinculante pode ser neutralizada em situações de crise, exatamente quando a sua atuação efetiva é mais necessária. O capitão não usou sua superioridade hierárquica, o sargento sim. O sargento Michael Horvath, interpretado por Tom Sizemore, insiste em dar ordens ao quase desertor soldado Richard Reiben, chegando a apontar uma arma para seu rosto, mas sem conseguir convencê-lo da necessidade de respeitar a hierarquia, do acerto da decisão do capitão ou de demovê-lo de abandonar o grupo.

² Do original: “Saving Private Ryan”. Direção de Steven Spielberg, Paramount Pictures, Estados Unidos, 1998.

2 Direito internacional de base voluntarista e o reconhecimento das decisões da Corte IDH

Os Tratados de Vestfália são reconhecidos como importante marco no desenvolvimento do Direito Internacional, ao consolidar um valor que será relevante para qualquer reflexão nesta disciplina: o princípio da igualdade jurídica dos Estados.³ Com esse paradigma, o direito internacional se consolida como um sistema caracterizado por soberania — em um conceito mais cerrado —, territorialidade, autonomia e, sobretudo, legalidade.

Na ordem internacional vestfaliana o voluntarismo determina que os tratados são a fonte verdadeira do direito internacional, mas não há sobreposição de poderes. Não se admite, sob essa ótica, a existência de um ente supraestatal, ou a prevalência de qualquer dos atores sobre os demais Estados. Não há, portanto, autoridade na sociedade internacional de Estados.⁴

De fato, os traços dessa ordem permanecem com grande intensidade, pela história, e ainda são encontrados na enunciação da Carta que cria a Sociedade das Nações. Nela, a afirmação de valores como a segurança e a autodeterminação prevalece. Em uma nova ordem, contudo, de pós-Segunda Guerra, a preocupação com a efetividade dos direitos de dignidade revela-se de forma crescente. No modelo onusiano, a segurança e a paz assumem mais o papel de meio do que de fim.

Mesmo assim, por sua insistente permanência, muitos criticam a exacerbada idolatria do direito positivo, como Michel Villey,⁵ em desprestígio de outras fontes igualmente importantes de revelação do direito. Os costumes, a jurisprudência, a produção intelectual dos pensadores do direito são materiais que vêm sendo reconhecidos como tão legítimos quanto a produção legislativa.

Até mesmo a concepção voluntarista do direito internacional tem admitido perspectivas mais complexas. Nesse sentido, Rezek enuncia o conceito base de voluntarismo: “sistema jurídico autônomo, onde se ordenam as relações entre Estados soberanos, o

³ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, P. B. **Manual de direito internacional público**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 84.

⁴ A esse respeito: FLOH, Fábio. Direito internacional contemporâneo: elementos para a configuração de um direito internacional na Ordem Internacional Neo-Vestfaliana. In: CASELLA, P. B. et al. (org.). **Direito internacional, humanismo e globalidade**. Guido Fernando Silva Soares: amicorum discipulorum liber. São Paulo: Atlas, 2008. p. 219.

⁵ VILLEY, Michel. **Archives de Philosophie du Droit**. Paris: Sirey, 1959, p. 65: “Et du sommet qu'on a choisi, tout le paysage. A nous restituer une meilleure théorie des sources, qui nous libere de l'idolâtrie de la loi. A rendre un sens à l'expression de droit naturel, dont autrement nous avons fait une notion impraticable. A mieux apprécier la présence de la doctrine, de la costume, des précédents de jurisprudence, parmi les source autonomes de la connaissance du droit, sans être contraint de recourir à des fictions encombrantes.”.

direito internacional público – ou direto das gentes, no sentido de direito das nações – repousa sobre o consentimento”.⁶ No entanto, vai além:

O termo vontade tem o grave inconveniente de induzir à idéia do consentimento criativo, e tão-somente deste. É irrecusável, no entanto, que os Estados vêm consentindo secularmente em torno de normas que lhe parecem, por um lado, advindas de um domínio diverso daquele de sua própria e discricionária inventividade e, por outro – e conseqüentemente –, imunes ao seu poder de manipulação.⁷

Para essa visão, o fundamento de validade dos princípios gerais não difere, em essência, daquele sobre o qual assentam os tratados e o costume: o consentimento. Refere-se, nesse sentido, a consentimento não expresso ou escrito, pelo qual são reconhecidos determinados princípios, a exemplo do *pacta sunt servanda*, da *lex posterior derogat priori* e do *nemo plus juris transfere potest quam ipse habet*.⁸

Do mesmo modo, essa posição é útil para compreensão do fenômeno da vinculação dos Estados às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como dos demais sistemas internacionais de proteção. Trata-se de um consentimento, sobre cada decisão, não necessariamente inventivo, fora de seu alcance ordinário de manipulação, mas institucionalizado.

Ainda assim, há insuficiência na efetividade, que deve ser reconhecida e suprida. Zemanek argumenta que as organizações internacionais são as únicas estruturas existentes nas quais um sistema de constrição (*enforcement*) coletivo das obrigações internacionais pode ser bem instituído. Mesmo assim, reconhece que mesmo no que tem como o mais eficiente dos mecanismos, permanecem deficiências no campo do *enforcement*.⁹ Além deste, outras questões merecem atenção.

⁶ REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 3.

⁷ *Ibidem*, p. 136.

⁸ Tradução livre: “os pactos devem ser mantidos; lei posterior derroga a anterior; ninguém pode transferir a outrem mais direitos do que ele possui” (*ibidem*, p. 135).

⁹ ZEMANEK, Karl. General course on public international law. **R.C.A.D.I.**, t. 266, 1997-1998, p. 293: “International organizations are the only existing structures to which the orderly collective enforcement of international obligations could be entrusted. However, as has been described in some detail, enforcement is not the best-developed feature of international organizations. Where it is provided for, either in the constitution of an organization or in a convention adopted under its auspices, it functions in an indirect way: by establishing some sort of international control, mostly in the form of a reporting system that is sometimes strengthened by compliance procedure, organizations try to enlist the pressure of public opinion for inducing compliance.” Tradução livre: “As organizações internacionais são as únicas estruturas coletivas existentes às quais a execução ordenada de obrigações internacionais poderia ser confiada. No entanto, como tem sido descrito com algum pormenor, a constrição (*enforcement*) não é a característica mais desenvolvida das organizações internacionais. Onde é previsto, quer na constituição de uma organização ou de uma convenção adotada sob os seus auspícios, funciona de forma indireta: mediante a criação de algum tipo de controle internacional, principalmente na forma de um sistema de comunicação que por vezes é reforçada pelo procedimento de cumprimento; as organizações tentam mobilizar a pressão da opinião pública para induzir o cumprimento.”

3 Neutralidade e dominação: Corte IDH e o multiculturalismo

Na verdade, as organizações internacionais podem ser tratadas de pontos de vista diversos. Em apertada síntese, pode-se dizer que a abordagem funcionalista considera as organizações internacionais entes dotados de grande autonomia, produtores de direito, e não meros canais de convívio estatal. A ótica racionalista, por sua vez, aproxima-se da ótica funcionalista, envolvendo a ideia de desenvolvimento de um governo mundial, mas com estruturas mais rígidas (legalistas). Já o positivismo procura ser livre de valor, atendo-se à mera descrição sem juízo sobre a constituição de um governo mundial. Também atentos à realidade, e não às aspirações, os realistas diferem dos positivistas notadamente pelo foco nas relações de poder, mais do que sobre aspectos legais (positivistas).¹⁰ A escola crítica, de outra forma, procura combater as visões eurocêntricas, que identifica nas demais escolas, considerando isso um vício histórico ao que antepõe a neutralidade.¹¹

Essa observação da escola crítica merece uma reflexão, porque implica admitir a possibilidade de as Cortes internacionais de direitos humanos não serem entes neutros. Essa discussão nos leva a um problema cuja discussão é mais ampla que a proposta neste artigo, mas a verdade é que não se pode esperar neutralidade absoluta de quem quer que seja – pode-se exigir imparcialidade de um juiz, mas não há como exigir que ele não seja influenciado por suas percepções subjetivas e por sua formação pessoal.

¹⁰ WHITE, N. D. **The law of international organizations**. Manchester: Manchester University Press, 1996. p. 3: "The functionalist approach adopted by international lawyers is characterized by a rejection of the Idea that international organizations are simply 'vehicles for conference between the member nations'. Instead, it is argued, they have a degree of autonomy. 'In particular, this school of thought advances the idea that international organizations have the law-making capacity sometimes beyond that provided in their constitutions. For example the UN Charter in Article 25 provides that decisions of the Security Council are binding on member nations, in a different context under the 1957 Treaty of Rome and subsequent treaties, legislation adopted by the Council of Minister and the Commission is directly binding on members of the European Union. Whereas the formalist would argue that beyond this the United Nations or other organizations do not have any greater law making capacity that literally found in their treaty make-up, scholars like Professor Higgins argue that they do.'"

p. 8: "According to the rationalist viewpoint, as international society evolves with the passage of time, it will increasingly move in the direction of world government. The difference between the rationalist approach and the functionalist approach can be seen in that rationalism predicts the development of international organizations towards world government whereas the functionalists see this as being achieved only if it is the final building block in the functional development of international organizations. In addition, rationalists see the development of international society moving towards more legal formalities and the rule of law – the idea that everybody in the system, government as well as governed, are subject to immutable and neutral legal principles. The functionalists, on the other hand, are keen to reduce the role of rigid legal structures which they see as getting in the way of international or regional agencies dealing effectively with common problems. In this respect the functionalists are nearer to the realist tradition reviewed below."

Rationalism must not be confused with positivism which advocates the systematic and scientific analysis of, in this case, international relations, in order to describe them and explain their working. Positivism, with its emphasis on a value-free, neutral approach to study, is not committed to the idea that international society is or ought to be developing towards world government."

p. 12: "In many ways the realists are like the positivists in that they are concerned with the world condition as it is rather than as it ought to be. Unlike the positivists, who in the main, concentrate on the legal situation, the realists are more concerned with what they see as the all-pervading struggle for power between States or blocs of States. World organizations are simply a reflection of this power struggle."

¹¹ ALVAREZ, José E. **International organizations as law-makers**. New York: Oxford University Press, 2006. p. 39.

Na verdade, isso não chega a ser um problema, mas é um aspecto que deve sempre ser considerado. É que os interesses e perspectivas subjetivas, que venham a convergir em um ambiente hermético e homogêneo podem transformar a Corte IDH em um instrumento de dominação – o que é um problema em qualquer hipótese.

A reflexão de Santos apresenta o que pode ser uma resposta muito apropriada para lidar com esse potencial problema. O professor de Coimbra advoga a necessidade de diálogos multiculturais que garantam a legitimidade dos direitos humanos. Nessa linha, nega a fertilidade do pensamento relativismo versus universalismo nos tempos atuais. Da perspectiva de Santos, evidencia-se o risco de que os documentos internacionais de direitos humanos tenham o potencial de consolidar um direito supostamente universal determinado por interesses particulares. Na verdade, aqui, pode-se avançar na conclusão para dizer que as decisões da Corte IDH podem desempenhar o mesmo desserviço.¹²

Não são poucos os exemplos de intervenção militar hegemônica sob o pretexto de proteção dos direitos humanos, ou mesmo implementação sistêmica de tortura, sob o argumento de proteção aos direitos humanos. Neste último caso, a Corte IDH posicionou-se firmemente, confirmando suas virtudes, mas é sempre preciso zelar por isso.

Em outras palavras, se um dia os direitos humanos foram usados de forma ideológica e pragmática, atualmente está-se diante de um momento de crise e de força que abre a oportunidade para correções práticas efetivas nessa rota. E essa prática corretiva não pode olvidar do risco de que outros grupos venham a se apropriar indevidamente do sistema para impor outras posições hegemônicas.

Santos destaca, nesse sentido, o enfraquecimento do Estado,¹³ levando à reflexão sobre como isso pode implicar o enfraquecimento dos direitos humanos – já que estão ancorados no Estado. Daí a intensa internacionalização, com a globalização, pode servir bem para escorar uma nova e emergente política pós-nacional de direitos humanos – e as instituições internacionais precisam se manter fortes e hígdas. Santos propõe:

[...] o meu objetivo é desenvolver um quadro analítico capaz de reforçar o potencial emancipatório da política dos direitos humanos no duplo contexto de globalizações conflitantes, por um lado, e da fragmentação cultural e da política de identidades, por outro. Pretendo apontar as condições que permitem conferir aos direitos humanos, tanto o escopo global, como a legi-

¹² Santos diz: “Na forma como têm sido predominantemente concebidos, os direitos humanos são um localismo globalizado. Trata-se de uma espécie de esperanto, de uma língua franca que dificilmente se poderá tornar na linguagem quotidiana da dignidade humana nas diferentes regiões culturais do globo. Neste artigo delinee os fundamentos para uma concepção intercultural das políticas emancipatórias de direitos humanos.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 45).

¹³ Op. cit., p. 6.

timidade local, para fundar uma política progressista de direitos humanos, direitos humanos concebidos como a energia e a linguagem de esferas públicas locais, nacionais e transnacionais, actuando em rede para garantir novas e mais intensas formas de inclusão social.¹⁴

Assim, Santos aponta para mudanças sociológicas absolutamente relevantes a uma nova ótica sobre os direitos humanos – e que, segundo ele, perdem seu importante espaço para discussões menos relevantes como o fundamento filosófico, sobressaindo a identificação cultural que subsidie a legitimidade.¹⁵

4 Valores absolutos ou pragmatismo: direitos humanos no resultado prático do agir

A cena de “O Resgate do Soldado Ryan” também destaca que direitos humanos são marcados pelo seu conteúdo ético, muito mais do que por sua conformação formal e hipotética. É o argumento ético, compatível com a realidade que se vive e com os valores que são reconhecidos como relevantes pelos envolvidos, que convence a correção no agir. Não foi a citação ao regulamento, trazido pelo cabo, que deteve o desejo de matar um adversário rendido.

Normalmente, argumentos funcionalistas, como a necessidade de preservar a integridade do sistema, são prontamente abandonados em situações de crises, ou contornados pela distorção ética – é o que a história demonstra. Ademais, a necessidade de proteção ao sistema, em si, não tem a mesma força para se sobrepor aos interesses predominantes do que um conteúdo material ético de peso.

Esse conflito sobre o referencial argumentativo para solucionar situações de crise é bem refletido pela questão sobre o argumento da bomba-relógio. Ela pode ser assim sintetizada: preso um terrorista que sabe onde a bomba-relógio irá explodir, matando milhares de pessoas, justifica-se ou não a tortura para obter informações que salvarão vidas?

Um debate sob perspectivas diversas trará respostas distintas, ou respostas convergentes no resultado, mas sob fundamentos distintos. Uma linha utilitarista, por exemplo, propõe a relativização de valores afirmados internacionalmente, pelo benefício que isso

¹⁴ *Ibidem*, p. 8.

¹⁵ A oposição ao debate filosófico, após apontar cinco premissas em seu texto, leva à seguinte síntese: “Estas são as premissas de um diálogo intercultural sobre a dignidade humana que pode levar, eventualmente, a uma concepção mestiça de direitos humanos, uma concepção que, em vez de recorrer a falsos universalismos, se organiza como uma constelação de sentidos locais, mutuamente inteligíveis, e que se constitui em rede de referências normativas capacitantes.” (*ibidem*, p. 18).

possa gerar.¹⁶ Assim, a tortura do terrorista seria admitida nesse caso, para obtenção de informações sobre a localização da bomba,¹⁷ mesmo se tratando de uma proibição diretamente relacionada com a dignidade humana.¹⁸ O fundamento é que intuição e consentimento comum – admissibilidade moral majoritária –, além de dúvidas sobre a justificativa moral, seriam critérios de aceitabilidade da tortura em um caso como esse.

Em contraposição, com resultado distinto, podemos citar Rodin,¹⁹ para quem a resposta seria sempre negativa, à possibilidade de admitir a tortura como uma prática correta. Nessa perspectiva, admitir a tortura se caracterizaria como uma extrema relativização de valores fundantes. A tortura é um caso especial de repugnância legal e moral semelhante e absoluta, por ser contrária a valores coletivos que constituem elemento de uma comunidade política. Ainda, mesmo a perseguição aos criminosos deve ocorrer segundo as leis, respeitado o devido processo legal. A premissa adotada por Rodin para essa contestação à tortura parte da ideia de que, em qualquer realidade liberal, a tortura seria incompatível com os valores fundantes.

Mesmo se considerando incerteza sobre a ideia de ambiente liberal, é evidente o cerne da discussão: Rodin admite que alguns parâmetros consolidados no plano internacional não podem ser tergiversados. Em outros termos, para Rodin, não há espaço para sopesamento ante determinados valores comungados pela comunidade.

Como é sempre comum em situações como essa, ambos os argumentos têm pontos de fragilidade. O argumento utilitarista refere-se a uma tal abstração e generalidade das normas de direitos humanos que permite a sua manipulação segundo interesses particulares. Assim, o papel do direito internacional dos direitos humanos é neutralizado como elemento limitador da discricionariedade estatal, e indevidamente convertido em meio de supostamente legitimar qualquer decisão.

Quanto à posição de Rodin, a crítica que se pode dirigir demanda uma análise um pouco mais complexa. É que Rodin parte do princípio de haver valores fundantes no sistema, que devem ser sempre preservados – e nisso está certo. É exatamente esse aspecto de sua percepção que permite prevenir a fragilidade da construção utilitarista. Tendo-se com clareza a existência de elementos fundantes e limites inflexíveis é que se

16 ALLHOFF, Fritz. Repensando a tortura e bombas-relógio. In: CARDIA, Nancy; ASTOLFI, Roberta (org.). **Tortura na era dos direitos humanos**. São Paulo: Edusp, 2014. p. 175-199. (Coleção Direitos Humanos).

17 O argumento da bomba-relógio pode ser assim sintetizado: preso um terrorista que sabe onde a bomba-relógio irá explodir, matando milhares de pessoas, justifica-se a tortura para obter informações que salvarão vidas.

18 Vide texto da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua XL Sessão, realizada em Nova Iorque, em 10 de dezembro de 1984. No Brasil, promulgada pelo Decreto nº 40/1991.

19 RODIN, David. A proibição da tortura. In: CARDIA, Nancy; ASTOLFI, Roberta (org.). **Tortura na era dos direitos humanos**. São Paulo: Edusp, 2014. p. 200-220.

garante alguma efetividade à limitação da discricionariedade estatal em situações críticas.

Contudo, a crítica que resta a Rodin é: quais, exatamente, são os valores fundantes? Diante da ameaça à vida de tantas pessoas, e das chances de salvá-las, sustenta-se o argumento ético de que há um valor fundante da proibição da tortura? Ao final da consequência trágica, cada um dos envolvidos seria capaz de se sentir tranquilo por ter feito o possível para evitar o mal maior: a perda de vidas?

Na verdade, o que parece ser a questão fundamental não é se a tortura é ou não repugnante – porque ela é e a comunidade, como atesta Rodin, comunga desse valor. A questão, na verdade, é: diante de uma situação clara e evidente como a posta na questão hipotética, a tortura, que é repugnante, justificar-se-ia para evitar um irremediável extermínio de vidas, valor logicamente precedente?

É da vida humana que decorrem os demais direitos e a questão é rica, inclusive, por essa perspectiva: o existir precede, logicamente, o manter íntegro. Assim, em uma situação abstrata, apenas considerando valores abstratos em um plano teórico, a resposta de que a tortura é um valor fundante é bastante lógica. No entanto, se alguém salvar a vida de outra pessoa, utilizando-se de tortura em situação inevitável e como última alternativa, essa pessoa pode ser considerada como tendo cometido uma conduta antiética ou mesmo antijurídica? A resposta parece ser negativa.

Mas a resposta negativa não é assim tão simples e comum. Na Baía de Guantánamo, a tortura e outras práticas desumanas eram promovidas pelos Estados Unidos²⁰ sob a ar-

20 Resolução nº 2/06 – Das medidas cautelares sobre os detidos em Guantánamo e Resolução nº 2/11 – Acerca da situação dos detidos na Baía de Guantánamo, Estados Unidos – Medidas de Precaução 259-02. Deste último documento, destaque-se: “Em conclusão, a falta de cumprimento dos Estados Unidos das medidas cautelares emitidas pela Comissão causou danos irreparáveis aos direitos fundamentais dos detidos na Baía de Guantánamo, como a Comissão indicou em ocasiões anteriores. O Estado reconheceu que os detidos têm o direito a que os tribunais avaliem as razões pelas quais estão detidos. No entanto, os tribunais norte-americanos parecem diferir de forma consistente do Executivo, tornando esse direito ilusório. O Comitê volta a instar os Estados Unidos a fecharem a instalação de Guantánamo sem demora e organizar o processamento ou a libertação dos presos. Os ensaios devem ser realizados de uma forma expedita, respeitando os direitos dos acusados ao devido processo legal e a um julgamento justo. A Comissão insta também os Estados Unidos a revelarem a identidade dos detidos cujas transferências foram aprovadas e assegurar que estes e todos os demais na mesma situação tenham acesso a uma revisão adequada e individualizada dos elementos que justificam a sua mudança para um país específico por um organismo independente e imparcial. Por fim, a Comissão considera essencial que os Estados Unidos permitam visitar os centros de detenção na Baía de Guantánamo, bem como falar livremente com quem está detido”. Tradução livre de: Resolución nº 2/11 – Sobre la Situación de los Detenidos de la Bahía de Guantánamo, Estados Unidos – Medidas Cautelares 259-02: “En conclusión, la falta de cumplimiento de Estados Unidos con las medidas cautelares dictadas por la Comisión ha ocasionado un daño irreparable a los derechos fundamentales de los detenidos en la Bahía de Guantánamo, tal como la Comisión lo ha indicado en ocasiones previas. El Estado ha reconocido que los detenidos tienen el derecho a que los tribunales revisen las razones por las cuales se los mantiene en detención; sin embargo, los tribunales estadounidenses parecen diferir consistentemente al Poder Ejecutivo de manera que este derecho se vuelve ilusorio. La Comisión nuevamente insta a Estados Unidos cerrar las instalaciones de la Bahía de Guantánamo sin demora y disponer el procesamiento o la liberación de los detenidos. Los juicios deberían llevarse a cabo de manera expedita, respetando los derechos de los procesados a debido proceso y a las garantías judiciales. La Comisión además insta a Estados Unidos revelar la identidad de los detenidos cuyos traslados se han aprobado y asegurar de que éstos y todos los detenidos en la misma situación tengan acceso a una revisión adecuada e individualizada de los hechos que fundamentan su traslado a un país específico por parte de un órgano independiente e imparcial. Finalmente, la Comisión considera fundamental que Estados Unidos permita que visite las instalaciones de detención en la Bahía de Guantánamo y que pueda entrevistar libremente a cualquier persona que se encuentra detenida.” (CIDH. **Resolución nº 2/11**. Sobre la Situación de los Detenidos de la Bahía de Guantánamo, Estados Unidos. Medidas Cautelares 259-02. Washington, DC, 22 jul. 2011. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Resoluci%C3%B3n%202-11%20Guant%C3%A1namo.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016).

gumentação utilitarista de que serviam à proteção de um conceito amplamente abstrato de direitos humanos, diante das ameaças à vida e segurança dos cidadãos americanos. Uma regra foi criada abstratamente, e aplicada em um contexto geral, sob o fundamento utilitarista, e desafiando a dignidade humana. Tanto é assim que foi condenada pela opinião pública e, por fim, a tortura oficialmente acabou sendo abandonada pelo governo americano, ante a oposição manifestada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Portanto, a perspectiva utilitarista parece levar ao risco de flexibilizar os valores, permitindo a manipulação dos direitos humanos para que sirvam a interesses previamente destacados, de modo geral. A resposta utilitarista redefine o conteúdo e os valores em tese. Diferente disso, a premissa de reconhecimento de valores fundantes tende a preservar a efetividade dos direitos humanos, mesmo em situações de crise. Por outro lado, a interação dos valores, mesmo dos fundantes, em cada caso concreto, exige atenção à conformidade dos direitos humanos no resultado prático do agir, em cada caso.

5 Desafio da Corte Interamericana de Direitos Humanos: legitimidade das decisões no contexto multicultural, para além da jurisdição obrigatória

Fossem as regras de direito internacional objetivamente aplicáveis e os valores absolutamente bem definidos, então a única função para as Cortes internacionais de direitos humanos seria a de fiscalizar e exigir o cumprimento do direito. Nesse caso, a única grande questão seria a do *enforcement*—e, uma vez decidido um caso, nos semelhantes nunca mais seria necessária nova discussão. Entretanto, o problema é mais agudo: em cada caso sob apreciação de uma Corte internacional de direitos humanos, uma base cultural e um conjunto de prioridades e histórias interagem de modo real com os valores internacionalmente reconhecidos. Trata-se de um diálogo que nunca encerra uma regra geral.

Há uma legítima variação entre o desenvolvimento do direito, segundo o padrão cultural de cada povo e que nunca pode ser desconsiderado. Os juízos devidos pelas Cortes internacionais de direitos humanos não podem cair no erro de tomar só a sua perspectiva de direito, porque precisam dialogar com os valores e as perspectivas de cada povo. É preciso, estabelecendo um paralelo com a cena de “O Resgate do Soldado Ryan”, apresentar um argumento que pareça legítimo ao seu destinatário, ainda que o resultado seja contrário ao que ele esperaria.

O exemplo do Caso Atala Riffo,²¹ julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, serve para evidenciar especialmente como a extensão dos conceitos jurídicos varia em cada sistema (internos e internacional). Mais do que isso, o caso evidencia uma questão delicada: até que ponto um Tribunal Internacional pode determinar a conformação de conceitos jurídicos fundamentais para o funcionamento do sistema interno sem dialogar efetivamente com ele?

No caso em exame, a questão central levada à Corte foi o tratamento discriminatório e a interferência arbitrária na vida privada e familiar decorrente de orientação sexual – além de outros tópicos adjacentes, como garantias judiciais, proteção da honra e dignidade, proteção da família, da criança, igualdade perante a lei e proteção judicial.

Embora o Chile seja um Estado signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, e conte com uma disposição sobre igualdade em sua Constituição, é certo que na prática fez uma interpretação restrita sobre a não discriminação relacionada à orientação sexual. Mais do que isso: diante da Corte, o Estado chileno argumentou a necessidade de uma convergência de convicções entre os Estados – o mesmo necessário para a celebração de um tratado internacional.²² Importa destacar que se trata de uma questão de interpretação – e o conflito está propriamente na interpretação, e não na definição do texto da norma – sobre a qual existe conflito.

A Corte não poderia se deter em conjeturas filosóficas, então teve que estruturar de forma pragmática e consistente a legitimidade de sua decisão. Para enfrentar devidamente esse argumento de falta de consenso entre diversos Estados, a Corte procurou fazer ricas referências a documentos internacionais de direitos e manifestações de organismos internacionais, e se balizou, por exemplo, na opinião do Comitê de Direitos Humanos, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, nas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, bem como nas decisões de tribunais nacionais²³ – isso

21 O problema central do caso é: a mãe teria perdido a guarda dos filhos, a pedido do pai, porque após a separação teria formado uma nova família, em relação homoafetiva.

22 A questão é importante, mas não pode ser sumariamente resolvida, em razão de sua complexidade, uma vez que os direitos humanos não podem estar atrelados apenas à aceitação voluntária dos Estados, porque há outros pressupostos que merecem ser considerados.

23 Veja-se: “137. Por sua vez, a Corte Suprema de Justiça da Nação do México observou que: da dignidade humana [...] deriva, entre outros, o livre desenvolvimento da personalidade, ou seja, o direito de cada indivíduo escolher, livremente e de forma autônoma, como viver a sua vida, que inclui, entre outras expressões [...], sua opção sexual livre. A orientação sexual da pessoa, como parte de sua identidade pessoal, [é] um elemento importante no plano de vida que, como qualquer outra pessoa, inclui o desejo de ter uma vida junto com outra pessoa de mesmo sexo ou de sexo diferente”. Tradução livre de: “137. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha señalado que: de la dignidad humana [...] deriva, entre otros, el libre desarrollo de la personalidad, es decir, el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones, [...] su libre opción sexual. [L]a orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, [es] un elemento relevante en el proyecto de vida que tenga y que, como cualquier persona, incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo” (CORTE IDH. **Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, n. 239. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nid_Ficha=196&lang=e. Acesso em: 4 ago. 2016).

além de se deter em profunda análise sobre o alcance do direito à igualdade, à não discriminação e à orientação sexual como categoria protegida:

79. Sobre o princípio da igualdade perante a lei e da não discriminação, a Corte declarou que a noção de igualdade brota diretamente da unidade da família humana e está ligada à dignidade essencial da pessoa, contra a qual é incompatível qualquer situação, que considerando alguém acima de um determinado grupo, leve a um tratamento privilegiado; ou, inversamente, considerando inferior, seja tratado com hostilidade ou sujeite a discriminação no gozo de direitos que são reconhecidos a quem não seja considerado incurso em tal situação. A jurisprudência do Tribunal de Justiça também indicou que, na fase atual da evolução do direito internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação entrou no domínio do jus cogens. Nela repousa a estrutura jurídica da ordem pública nacional e internacional e permeia todo o sistema legal²⁴.

A decisão da Corte, atenta às interpretações jurisprudenciais de outros Estados e de Cortes Internacionais, relevou aspectos multiculturais. No entanto, embora suficientemente superada a questão da discriminação sofrida pela família chilena, a decisão avançou sobre o tratamento do conceito de família (artigo 17 da CADH). O juiz Alberto Perez Perez, por sua vez, deteve-se na questão da interpretação evolutiva do artigo 17 – em uma espécie de sensibilização pelo argumento chileno. Para o magistrado, era desnecessário invadir essa questão, e ingressar no mérito do conceito de família determinaria um pronunciamento da Corte sobre um ponto delicado e não suficientemente consolidado entre os Estados:

20. Concordo com a abordagem da interpretação evolutiva que considera a Convenção Americana como um instrumento vivo a ser entendida sob as circunstâncias atuais, mas sob o entendimento de que o progresso nesta

²⁴ Tradução livre de: "79. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico" (ibidem).

área demanda um consenso, um espaço de coincidência ou uma convergência de normas entre os Estados partes (ver parágrafo 9).²⁵

Se, por um lado, a natureza contramajoritária é fundamento da Corte de Direitos Humanos, por outro, o caso sugere, aqui, uma reflexão acerca de juízo moralizante. Ao escrever sobre as observações de Condorcet alusivas à Revolução Francesa como um novo perigo para a autonomia do indivíduo, Todorov conclui que, “Quando é o poder que diz ao povo aquilo em que é preciso crer, está se referindo a uma ‘espécie de religião política’, raramente preferível à precedente”.²⁶

A preocupação evidenciada é a de não transformar a Corte em um instrumento de imposição hegemônica de universalismos, uma vez que é preciso sedimentar a autoridade da Corte também na legitimidade decorrente de um multiculturalismo. Mostra-se razoável a ideia de que os valores multiculturais devem interagir, servindo a Corte como ambiente propício para tanto — e não para a definição unilateral de interpretações e juízos moralizantes.

Veja-se que o juiz Alberto Perez Perez está seguro do acerto da decisão quanto à proibição da discriminação fundada na orientação sexual, pela estruturação da decisão, por verificar algum espaço de coincidências na percepção dos Estados, com argumentos jurídicos sedimentados:

20. [...] Tal é o que ocorre no caso do reconhecimento de que a discriminação fundada na orientação sexual deve ser entendida proibida (parágrafos. 83-93 do acórdão), pois existe não só entre os Estados-parte da Convenção Americana, mas entre todos os Estados membros da OEA, um conceito claro sobre isso, expresso nas resoluções da Assembleia Geral citados (nota de rodapé 97).²⁷

²⁵ Tradução livre de: “20. Estoy de acuerdo con el criterio de interpretación evolutiva que considera a la Convención Americana como un instrumento viviente que ha de entenderse de acuerdo con las circunstancias actuales, pero en el entendido de que para avanzar en ese terreno es necesario que exista un consenso, un espacio de coincidencia o una convergencia de estándares entre los Estados partes (ver supra, párr. 9).” (CORTE IDH. **Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Série C, n. 239. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nid_Ficha=196&lang=e. Acesso em: 4 ago. 2016).

²⁶ TODOROV, Tzvertan. **O espírito das luzes**. São Paulo: Ed. Barcarola, 2006, p. 71.

²⁷ Tradução livre de: “20. [...] Tal es lo que ocurre en el caso del reconocimiento de que la discriminación fundada en la orientación sexual debe entenderse prohibida (párrs. 83 a 93 de la Sentencia), pues existe no sólo entre los Estados partes de la Convención Americana, sino entre todos los Estados miembros de la OEA, un claro concepto al respecto, expresado en las resoluciones de la Asamblea General que se citan (nota 97)” (CORTE IDH. **Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Série C, n. 239. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nid_Ficha=196&lang=e. Acesso em: 4 ago. 2016).

Já em relação a se aprofundar no conceito de família (objeto de interpretação evolutiva), essa prerrogativa (espaço de coincidências) e, sobretudo, reunião de argumentos, não estaria suficientemente formada e a Corte teria, assim, invadido uma instância de valores prematuramente e sem a devida profundidade. Nesse sentido, o juiz Perez Perez conclui:

23. Em outras palavras, é uma das áreas em que há mais necessidade de se reconhecer uma margem nacional de apreciação, na qual terá que se fazer uma investigação que não deve ser realizada neste caso, mas que deve ser feita quando o ponto for objeto de um processo na Corte e se colham os argumentos das partes e, eventualmente, dos amici curiaí.

24. Tudo isso reafirma minha convicção de que não é necessário, nem prudente, que neste caso se declare uma violação do n.º 1 do artigo 17.º, que poderia ser entendido como um pronunciamento implícito sobre a interpretação das várias disposições deste artigo²⁸.

Embora as razões expostas pelo juiz Perez Perez possam eventualmente se sujeitar a debates interessantes, a verdade é que o problema por ele notado merece mesmo atenção sob determinado ponto de vista: evidencia o aspecto multicultural da evolução do direito e como o direito internacional deve interagir em diálogo com esse fenômeno — e não meramente por imposições.

É, pois, oportuno frisar que a questão não é se o resultado da decisão está correto, mas se esta está devidamente fundada em uma argumentação que considere o multiculturalismo, confrontando os argumentos, os textos e as decisões nacionais e internacionais sobre o tema.

Na mesma linha de Boaventura Santos, uma ideia de padrão normativo universal atrelada a direitos humanos meramente abstratos poderia converter-se em instrumento de hegemonia injusta, inclusive quando esses padrões são definidos por uma Corte internacional de direitos humanos. Dessa maneira, o diálogo intercultural, que considere o valor de cada ordenamento e, sobretudo, certa coincidência entre eles — não meramente formal, mas sim substancial — é condição fundamental para que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como as demais, desempenhe sua necessária função fortalecendo sua legitimidade.

²⁸ Tradução livre de: "23. En otras palabras, es una de las esferas en que resulta más necesario reconocer un margen de apreciación nacional, para lo cual habrá que hacer una indagación que no corresponde llevar a cabo en el presente caso, sino que deberá hacerse cuando el punto sea objeto de un caso planteado ante esta Corte y se escuchen los argumentos que al respecto formulen las partes y eventualmente los amici curiaí que se presenten. 24. Todo ello me reafirma en la convicción de que no es necesario ni prudente que en este caso se declare una violación del párrafo 1 del artículo 17 que pudiera tomarse como un pronunciamiento implícito sobre la interpretación de las distintas disposiciones de dicho artículo." (ibidem).

A função da Corte IDH, como das demais, é ser instância de discussões ricas, respeitadas em relação às dificuldades reais vividas pelos sujeitos de cada conflito, e não um oráculo, ou instância superior e infalível. A humanidade e suas instituições não estão habilitados à perfeição, mas a sempre buscá-la. É nesse sentido que Casella conclui, citando o escritor alemão: “Não abramos mão de continuar pensando e mantendo a nossa dignidade. Como escreveu GOETHE, o homem sabe que nunca poderá atingir a perfeição, mas a dignidade do homem está em nunca desistir de continuar tentando.”²⁹

Casella³⁰ lembra, ainda, que o nível de fragmentação e complexidade que caracterizam o mundo atual não permite mais que Estados evitem a regulação internacional para resolução de problemas que já não podem ser resolvidos nacionalmente. No entanto, não se deve correr o risco de assentar o direito internacional em sistemas que permitam que ele seja reduzido ao que os poderosos do momento desejam – como foi durante séculos. Ao contrário, o papel do direito internacional pós-moderno é exatamente o de impor limites ao poder discricionário dos Estados,³¹ mas, sobretudo, a partir de uma perspectiva rica, de diálogo constante e reflexão crítica sobre o conteúdo material dos direitos humanos.

Enfim, se não é possível conviver com a justiça absoluta, buscando-se opções uniformes para cada situação, também não se mostra apropriado admitir que um Estado, uma ideia ou mesmo uma Corte internacional de direitos humanos se torne o referencial absoluto do certo definitivo:

Sonhar com uma justiça absoluta me parece não somente vão, mas nefasto. A existência humana é um “jardim imperfeito”, dizia Montaigne; não deveríamos nos esquecer disso: os desvios moralizantes são prejudiciais. Apesar disso uma vida sem justiça não é de maneira nenhuma vida humana. Desconfiemos dos dois extremos: não temos de nos envergonhar de escolher esse caminho intermediário.³²

Essa perspectiva evidencia, ainda, a postura de abertura que tanto as Cortes internacionais como os Estados devem assumir em relação ao direito internacional – norma e interpretação –, o que afastará os sistemas do risco de assumirem, segundo sua mo-

²⁹ CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do direito internacional pós-moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 1181.

³⁰ *Ibidem*, p. 1378-1381.

³¹ Nessa mesma linha, vale lembrar que Carvalho Ramos destaca a essência contramajoritária do direito internacional dos direitos humanos (CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 130).

³² TODOROV, Tzvetan. Os limites da justiça. In: CASSESE, A.; DELMAS-MARTY, M. (org.). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. São Paulo: Manole, 2004. p. 47.

ralidade, a condição de perseguidores isolados ou, tomando emprestadas as palavras de Todorov, de “representantes da Igreja institucional que se inspiram na frase emblemática de Bossuet: ‘Eu tenho o direito de perseguir-vos porque tenho razão e vós estais errados’”.³³

6 Conclusão

Os valores fundantes do sistema devem ser preservados e reafirmados, e isso é uma das funções primordiais da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como é de todas as demais Cortes, nacionais ou internacionais, organizações, Estados e indivíduos. Quanto mais guardiões, melhores as chances de esses valores serem lembrados em momentos críticos. No entanto, esses valores não resolvem, por si, todas as questões.

Os direitos humanos não se formam apenas pelas regras lançadas nos textos internacionais e que podem se aplicar pelo método dedutivo, ou mesmo pela mera enunciação de princípios. A ideia de direitos humanos é indissociável de seu conteúdo ético e, portanto, revela-se em cada situação de modo único, não esgotando seu valor em enunciações abstratas e gerais, de regras ou princípios. Por isso mesmo, a função da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como de todas as Cortes internacionais de direitos humanos, é manter um diálogo crítico permanente, compreendendo que cada caso deve ser considerado a partir de suas ricas peculiaridades culturais locais.

O desafio da Corte IDH, como das demais, nesse contexto, é reafirmar sua legitimidade em cada caso, valorizando de forma especial a construção de suas decisões e evidenciando que a realidade prática dos interessados é considerada particularmente. Os fundamentos da decisão e a forma de sua comunicação são fundamentais para fortalecer o sistema de proteção e garantir o respeito às suas decisões. A vinculação jurídico-formal, embora elemento de altíssima relevância, não é elemento definitivo.

Além disso, os riscos de conversão dos sistemas internacionais em mecanismos de controle hegemônico só podem ser bem mitigados a partir do aprofundamento das discussões e dos argumentos evidenciados em suas posições. A confiança em sistemas funcionalistas ou utilitaristas mostra-se temerária ante o elevado grau de abstração e generalidade das normas de direitos humanos, que permite a sua manipulação segundo interesses particulares.

Por outro lado, a compreensão de que os valores são simplesmente absolutos, a priori, é incompatível com a riqueza multicultural com que o direito internacional dos direitos humanos deve se relacionar. Embora se deva reconhecer os valores fundantes do sis-

³³ TODOROV, Tzvetan. **O espírito das luzes**. São Paulo: Ed. Barcarola, 2006, p. 76.

tema, o resultado de cada decisão deve ser igualmente submetido a um juízo ético, sob rica argumentação que considere, na maior intensidade possível, a realidade.

No filme “O Resgate do Soldado Ryan”, o cabo Timothy Upham (Jeremy Davies) representaria bem os tratados e convenções: ele diz o que é certo. O capitão John Miller (Tom Hanks), por sua vez, representa bem o papel que deve ser das Cortes Internacionais de Direitos Humanos: ele se encontra com a humanidade que há em si, sofre e chora a realidade de que faz parte. Ele conhece cada detalhe do que é relevante, do que é difícil, o sentimento de fazer “justiça” com o qual tem que lutar, mas, sobretudo, é capaz de localizar o seu referencial ético ideal – no professor que foi. É a partir do ideal ético que toma a decisão que coincide com as propostas pelo cabo.

Mais do que isso, o capitão sabia que o *enforcement* seria inútil ali. O sargento comprovou isso. O capitão expôs as razões de sua decisão, de cumprir as Convenções de Genebra, mas não pelo texto, pela regra, pela forma, pelo funcionalismo. Utilizou argumentos que foram reconhecidos, porque compartilhados.

A cena tem uma profundidade muito maior do que as palavras poderiam descrever e permite ricas reflexões sobre os desafios que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem na construção de sua legitimidade, na compreensão de seus desafios, para muito além da jurisdição contenciosa obrigatória.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA G. E. do; CASELLA, P. B. **Manual de direito internacional público**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALLHOFF, Fritz. Repensando a tortura e bombas-relógio. *In*: CARDIA, Nancy; ASTOLFI, Roberta (org.). **Tortura na era dos direitos humanos**. São Paulo: Edusp, 2014. (Coleção Direitos Humanos).

ALVAREZ, José E. **International organizations as law-makers**. New York: Oxford University Press, 2006.

BRASIL. **Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991**. Promulga a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua XL Sessão, realizada em Nova Iorque, em 10 de dezembro de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm. Acesso em: 15 ago. 2016.

CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do direito internacional pós-moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 1181.

CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CIDH. **Resolución nº 2/11**. Sobre la Situación de los Detenidos de la Bahía de Guantánamo, Estados Unidos. Medidas Cautelares 259-02. Washington, DC, 22 jul. 2011. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Resoluci%C3%B3n%202-11%20Guant%C3%A1namo.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.

CORTE IDH. **Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Série C, n. 239. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nid_Ficha=196&lang=. Acesso em: 4 ago. 2016.

FLOH, Fábio. Direito internacional contemporâneo: elementos para a configuração de um direito internacional na Ordem Internacional Neo-Vestfaliana. *In*: CASELLA, P. B. et al. (org.). **Direito internacional, humanismo e globalidade**. Guido Fernando Silva Soares: amicorum discipulorum liber. São Paulo: Atlas, 2008.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODIN, David. A proibição da tortura. *In*: CARDIA, Nancy; ASTOLFI, Roberta (org.). **Tortura na era dos direitos humanos**. São Paulo: Edusp, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SAVING Private Ryan. Direção: Steven Spielberg. Produção: Steven Spielberg et al. Intérpretes: Tom Hanks, Tom Sizemore, Matt Damon, Edward Buns, Barry Pepper, Vin Diesel. Roteiro: Robert Rodat. Música: John Williams. Los Angeles: Paramount Pictures, Estados Unidos, 1998. 1 DVD.

TODOROV, Tzvetan. Os limites da justiça. *In*: CASSESE, A; DELMAS-MARTY, M. (org.). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. São Paulo: Manole, 2004.

_____. **O espírito das luzes**. São Paulo: Ed. Barcarola, 2006. p. 71.

VILLEY, Michel. **Archives de Philosophie du Droit**. Paris: Sirey, 1959.

WHITE, N. D. **The law of international organizations**. Manchester: Manchester University Press, 1996. p. 1-22.

ZEMANEK, Karl. General course on public international law. **R.C.A.D.I.**, t. 266, 1997-1998.

17 DESAFIOS NA
IMPLEMENTAÇÃO
PROCEDIMENTAL DAS
DECISÕES DA CORTE
INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS: EM
BUSCA DE UM LUGAR AO SOL

*Daniela Bucci*¹

Resumo: Este artigo analisa os desafios na implementação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no Brasil. A inserção do Brasil nos sistemas de proteção de direitos humanos, notadamente, no Sistema Interamericano, exige que o Estado efetivamente implemente as decisões proferidas pela Corte IDH. Como será analisado neste artigo, são diversas as reparações determinadas pela Corte nos casos contenciosos envolvendo o Brasil. Vamos analisar as decisões em que o Brasil é parte, destacando as reparações exigidas do país. Em seguida, será avaliada a forma como as decisões são supervisionadas e qual a resposta do Estado brasileiro diante de tais condenações, ao longo dos últimos 20 anos, destacando os desafios para a implementação das decisões no plano interno. Por fim, pretende-se identificar as falhas do sistema e apresentar sugestões para garantir sua maior efetividade.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Implementação de decisões.

Abstract: *This article analyzes the challenges to enforce decisions of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) in Brazil. Brazil's inclusion in the human rights protection systems, notably, in the Inter-American System, requires the state to effectively enforce the decisions of the Inter-American Court of Human Rights. As we will analyze in this article, there are several reparations determined by the Court in contentious cases involving Brazil. We will analyze the decisions in which Brazil is a party, highlighting the reparations demanded from the country. Then, we will evaluate the way in which decisions are supervised and the response of the Brazilian state to its convictions over the past 20 years, highlighting the challenges of enforcement of decisions internally in Brazil. Finally, it is intended to identify failures of the system and present suggestions to ensure its effectiveness.*

Keywords: *International Human Rights Law. Inter-American Court of Human Rights. Enforcement of decisions.*

¹ Doutora e Mestra em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (ODHUSCS). Pesquisadora-Líder do Núcleo de Direitos Humanos da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (NEDH-USCS). Pesquisadora do Núcleo de Estudo dos Tribunais Internacionais da USP (Neti/USP).

I Introdução

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) é formado por dois subsistemas: o da Organização dos Estados Americanos (OEA) e o da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)².

A Convenção Americana conta com o órgão da OEA – a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) – e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).³

O Brasil, além de ter ratificado a CADH em 1992, reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte IDH, em 1998,⁴ submetendo-se, portanto, às decisões proferidas pelo órgão judicial do SIDH.

Ao longo desses vinte anos, a Corte proferiu sentenças contra o Brasil determinando reparações de naturezas diversas, nos casos contenciosos em que o país foi condenado. No entanto, muitas críticas são feitas com relação ao cumprimento dessas decisões no plano nacional, especialmente, no que tange à inexistência de legislação específica para implementá-las.

O não cumprimento das decisões da Corte pode ensejar novas responsabilizações internacionais ao Brasil, além de enfraquecer os mecanismos de proteção de direitos humanos. Daí a importância de se analisar qual a postura do Brasil diante da responsabilização internacional.

Para tanto, serão analisados os casos contenciosos em que o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana e as medidas de reparação aplicadas ao país. Em seguida, qual a resposta brasileira no cumprimento de tais medidas e como é realizado o sistema de *compliance* das decisões emitidas pela Corte, a fim de se identificar os desafios para a implementação das decisões e apontar eventuais sugestões para uma maior efetividade do sistema.

² Ensina André de Carvalho Ramos que “[...] temos dois círculos concêntricos: um círculo amplo composto pelo sistema da Carta da OEA, com 35 Estados dessa Organização; um círculo menor, composto por 23 Estados, que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos. Então, os dois sistemas comungam, na essência, da mesma origem, a OEA. A diferença está no compromisso mais denso firmado pelos integrantes do segundo sistema, que conta inclusive com um tribunal especializado em direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos [...]”. CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 206.

³ Conforme ensina Flávia Piovesan, a Comissão e a Corte constituem o “aparato de monitoramento e implementação dos direitos” de que trata a Convenção Americana de Direitos Humanos. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴ A Convenção Americana de Direitos Humanos foi ratificada em 25 de setembro de 1992 com o Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. A aceitação da competência da Corte foi depositada em 10 de dezembro de 1998, com o Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002.

2 Casos em que o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

Neste capítulo, serão apresentados os casos nos quais figura o Estado brasileiro, destacando-se os casos contenciosos com as sentenças proferidas.

2.1 Casos Contenciosos

Até a presente data, houve decisão em 9 (nove) casos contra o Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e em 8 (oito) deles o país foi condenado, como se verá a seguir:

I) O primeiro caso foi *Ximenes Lopes*, julgado em 4 de julho de 2006, que versou sobre a responsabilidade internacional do Brasil pela morte e maus-tratos de Damiano Ximenes em uma instituição psiquiátrica, bem como pela falta de investigação e sanção dos responsáveis. Damiano Ximenes foi internado na Casa de Repouso Guararapes, via Sistema Único de Saúde (SUS). Dois dias depois da internação – momento em que estava Ximenes Lopes em perfeitas condições físicas – teve ele uma crise agressiva, repetida no mesmo dia à noite, tendo sido contido à força nas duas ocasiões. No terceiro dia, quando Damiano recebeu a visita de sua mãe, ele estava amarrado com as mãos para trás, ferido, com roupas sujas de dejetos, com dificuldade para respirar, gritando e pedindo a ajuda para a polícia. Ximenes Lopes morreu duas horas depois de ter sido medicado pelo diretor clínico do hospital, sem ter recebido qualquer cuidado médico no momento da sua morte. Apesar de todos os esforços de sua família, não foram feitas novas investigações e os responsáveis não foram punidos. A Corte analisou se o Brasil violou o artigo 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que trata da obrigação de os Estados respeitarem os direitos previstos na Convenção; o artigo 25, que versa sobre proteção judicial; o artigo 4º sobre o direito à vida; o artigo 5º, que protege a integridade pessoal; bem como o artigo 8º, que prevê a proteção das garantias judiciais.⁵

II) No Caso *Escher*, julgado em 6 de julho de 2009, a Corte IDH constatou a responsabilidade internacional do Brasil pela interceptação, monitoramento e divulgação de conversas telefônicas de Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, por parte da Polícia Militar do Paraná. A Corte IDH analisou a violação dos artigos 1º, 25 e 8º, já mencionados acima; artigo 11, que versa

⁵ CORTE IDH. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Mérito, Reparações e Custas. Julgamento de 4 julho de 2006. Série C, n. 149.

sobre o direito à honra e dignidade; artigo 16, sobre a liberdade de associação; artigo 2º, sobre o dever de adotar as disposições de direito interno.⁶

III) Em 23 de setembro de 2009, a Corte IDH julgou o Caso Garibaldi e verificou a responsabilidade internacional do Estado brasileiro em razão do descumprimento da obrigação de investigar, processar e punir os responsáveis pela morte de Sétimo Garibaldi, ocorrida durante uma desocupação extrajudicial de 50 famílias. Garibaldi foi atingido por um tiro a esmo disparado por um grupo armado e encapuzado, e morreu em razão de hemorragia. O caso foi arquivado sem a investigação devida. A Corte IDH analisou a violação dos já mencionados artigos 1º, 11, 16, 2º, 25, 8º, todos da CADH.⁷

IV) No Caso Gomes Lund, em 24 de novembro de 2010, a Corte IDH tratou da responsabilidade internacional do Estado brasileiro pelos desaparecimentos forçados dos membros da Guerrilha do Araguaia, entre os anos de 1972 e 1975, e pela falta de investigação dos fatos. Com o golpe de Estado iniciado em abril de 1964, houve movimentos de resistência contra o regime ditatorial instaurado no país. A Guerrilha do Araguaia foi um deles, integrado por alguns membros do novo Partido Comunista do Brasil. As Forças Armadas, no período entre 1972 a 1975, realizaram campanhas de repressão contra o movimento, incluindo mortes e desaparecimentos forçados. Houve cerca de 350 mortos e desaparecidos, mas, em razão da Lei da Anistia editada em 1979, o Estado brasileiro não investigou, processou ou puniu criminalmente os culpados durante o regime militar. A Corte IDH, portanto, verificou se houve a violação do artigo 13, que versa sobre a liberdade de expressão e pensamento; dos já mencionados artigos 1º; 2º; 8º; 25; do artigo 3º, que trata do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; do artigo 5º, sobre o direito à integridade pessoal; do artigo 7º, sobre a liberdade pessoal; e do artigo 9º, sobre o princípio de legalidade e da retroatividade.⁸

V) Seis anos depois de Gomes Lund, novamente o Brasil foi condenado. O Caso dos trabalhadores Fazenda Brasil Verde foi julgado em 20 de outubro de 2016. Tratou da responsabilidade internacional do Estado brasileiro em razão de trabalho em situação análoga à de escravo. Uma série de denúncias nesse sentido foi apresentada às autoridades brasileiras a partir de 1988. Após visitas da fiscalização do Ministério Público do Trabalho ao local, foi constatada a existência de trabalhadores sem registro, além da precária acomodação dos empregados, falta de assistência médica e alimentação adequadas, e até de ameaças com armas de fogo contra os empregados da fazenda,

⁶ CORTE IDH. **Caso Escher e outros v. Brasil**. Objecões Preliminares, Méritos, Reparações e Custas. Julgamento de 6 de julho de 2009. Série C, n. 200.

⁷ CORTE IDH. **Caso Garibaldi v. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Julgamento de 23 de setembro de 2009. Série C, n. 203.

⁸ CORTE IDH. **Caso Gomes Lund e outros. ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Julgamento de 24 de novembro de 2010. Série C, n. 219.

que não podiam deixar o local. Os trabalhadores dormiam em redes, sem eletricidade e sem condições de higiene pessoal satisfatória, eram aliciados e quando chegavam à fazenda já estavam endividados, devendo ainda pagar pela alimentação e hospedagem. Em razão das dívidas, que somente aumentavam, trabalhavam 12 horas por dia, com meia hora de intervalo e apenas uma folga semanal, sem salário. Foram identificadas 82 pessoas nessas condições. A Corte IDH, pela primeira vez, analisou o direito de não ser submetido à escravidão e ao tráfico de pessoas, nos termos do artigo 6.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos e a violação dos já mencionados artigo 8º e artigo 25º.

VI) O Brasil ainda foi condenado no Caso da Favela Nova Brasília, julgado em 16 de fevereiro de 2017, em que foi analisada a responsabilidade internacional do Brasil em razão da violação do direito às garantias judiciais de independência e imparcialidade da investigação, devida diligência e prazo razoável, do direito à proteção judicial, e do direito à integridade pessoal. O caso versou sobre as investigações de duas operações da Polícia Civil na Favela Nova Brasília, na cidade do Rio de Janeiro, nos anos de 1994 e 1995, que resultaram no homicídio de 26 pessoas (das quais seis eram menores de idade), e em atos de violência sexual contra três mulheres (duas das quais tinham 15 e 16 anos).⁹

VII) Mais uma vez, o Brasil sofreu condenação, no Caso do Povo Indígena Xucuru, julgado em 5 de fevereiro de 2017, sobre o processo de reconhecimento, titulação e demarcação do território Xucuru, iniciado em 1989, e circundado por controvérsias entre propriedades indígenas e privadas.¹⁰

VIII) Também houve condenação do Estado brasileiro no Caso Herzog, decidido em 15 de março de 2018, que encerra, até o momento, as condenações contra o Brasil perante a Corte Interamericana. O Brasil foi condenado pela Corte IDH pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25.1 da CADH), em razão da falta de investigação, julgamento e punição dos culpados pela tortura e morte de Vladimir Herzog, e pela aplicação da Lei da Anistia. A Corte entendeu que a família da vítima tinha direito de conhecer a verdade e ver apurada judicialmente a responsabilidade dos envolvidos no caso. Entendeu, ainda, que o Brasil violou o direito à integridade pessoal dos familiares (artigo 5.1, CADH).¹¹

⁹ CORTE IDH. **Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde v. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Julgamento de 20 de outubro de 2016. Série C, n. 318.

¹⁰ CORTE IDH. **Caso da Favela Nova Brasília v. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Julgamento de 16 de fevereiro de 2017. Série C, n. 333.

¹¹ CORTE IDH. **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros v. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Julgamento de 5 de fevereiro de 2017. Série C, n. 346.

¹² CORTE IDH. **Caso Herzog e outros v. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Julgamento de 15 de março de 2018. Série C, n. 353.

2.2 Medidas de reparação aplicadas ao Brasil

Conforme se depreende do capítulo anterior, o Brasil foi condenado em razão de diversas violações de direitos humanos e, conseqüentemente, está obrigado a cumprir uma grande variedade de medidas de reparação.

Nesse sentido, o artigo 63 da CADH estabelece que a Corte, ao verificar a violação de um direito previsto, assegurará à vítima “o gozo do seu direito ou liberdade violados”, e que “sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”. Além disso, o artigo 68 determina que os Estados “comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes [...]”.

As reparações de direitos humanos aplicadas pela Corte IDH abrangem quaisquer medidas. A espécie de reparação mais eficiente seria voltar à situação anterior à violação de direitos humanos ou *restitutio in integrum ou status quo* ante, cessação da conduta ilícita, medidas de satisfação que abrangeria obrigações de fazer, de não fazer, pedidos de desculpas, indenização e garantias de não repetição etc.¹³

No Caso Ximenes Lopes, a Corte condenou o Brasil a: I) investigar, processar e punir os responsáveis; II) continuar desenvolvendo programa de formação e capacitação para o pessoal médico, psiquiátrico, psicológico, enfermagem, auxiliares de enfermagem e todos que cuidam de saúde mental, notadamente, sobre o trato de pessoas com deficiências mentais; e III) prestar informe apontando as medidas adotadas pelo Brasil para cumprir as reparações.¹⁴

No Caso Escher, a Corte determinou: I) o pagamento de indenização por danos morais; II) publicação da sentença no Diário Oficial, em outro jornal de grande circulação nacional e em um jornal de grande circulação no estado do Paraná, no prazo de seis meses; III) o pagamento de reembolso das custas e despesas, no prazo de um ano; e IV) a publicação de informe apontando as medidas adotadas pelo Brasil para cumprir as reparações.¹⁵

Destacam-se as reparações da Corte IDH no Caso Garibaldi: I) a sentença proferida tida como uma reparação *per se*; II) publicação da sentença no Diário Oficial, em outro jornal de grande circulação nacional e em um jornal de grande circulação no estado do Paraná, e, pelo período de um ano, publicação na página oficial do Estado federal e do

¹³ Vide extenso estudo sobre as diversas formas de reparações. CARVALHO RAMOS, André. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 252-310.

¹⁴ CORTE IDH. **Caso Ximenes Lopes v. Brasil**. Mérito, Reparções e Custas. Julgamento de 4 de julho de 2006. Série C, n. 149.

¹⁵ CORTE IDH. **Caso Escher e outros v. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Julgamento de 6 de julho de 2009. Série C, n. 200.

estado do Paraná; III) a condução pelo Estado brasileiro, eficazmente e dentro de um prazo razoável, da investigação, julgamento e eventual punição dos responsáveis pela morte de Garibaldi; IV) o pagamento de indenização por dano material e moral a quem de direito, dentro do prazo de um ano; e v) a publicação de informe apontando as medidas adotadas pelo Brasil para cumprir as reparações.¹⁶

No Caso Gomes Lund, a Corte IDH determinou que: I) a decisão *per se* é uma forma de reparação; II) o Estado brasileiro deve conduzir eficazmente a investigação criminal dos fatos, processar os responsáveis e aplicar as sanções e consequências penais previstas em lei; III) o Estado deve encontrar os desaparecidos, identificando-os e entregando seus restos mortais à família; IV) o Estado brasileiro deve conceder tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico às vítimas ou pagar o valor estabelecido; V) o Estado brasileiro deve publicar a sentença em um prazo de seis meses em jornal de circulação nacional e no site do estado, permanecendo por, pelo menos, um ano, além de publicar um livro físico e eletrônico da decisão; VI) o Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional; VII) o Estado deve continuar com as ações de capacitação já iniciadas e implementar em um prazo razoável um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido aos membros de todos os níveis das Forças Armadas; VIII) o Estado deve adotar em um prazo razoável medidas para tipificar o crime de desaparecimento forçado; IX) o Estado deve continuar com as buscas, sistematização e publicação de informações sobre a violação de direitos durante o regime militar; X) o Estado deve pagar indenizações às vítimas e às famílias e seus representantes; XI) o Estado deve emitir uma convocatória em periódico de circulação nacional e outro na região onde ocorreram os fatos por 24 meses a fim de que famílias se apresentem munidas de provas suficientes para o Estado identificar as vítimas; e XII) o Estado deve publicar um informe apontando as medidas adotadas pelo Brasil para cumprir as reparações.¹⁷

Com relação às reparações no Caso dos trabalhadores Fazenda Brasil Verde, a Corte IDH estabeleceu que: I) a decisão constitui *per se* uma forma de reparação; II) é devida pelo Estado uma publicação da sentença; III) o Estado deve reiniciar a investigação, processar os fatos apurados em março de 2000 e punir criminalmente, dentro de um prazo razoável; IV) adotar medidas cabíveis para que o prazo prescricional não seja aplicado; V) pagar a indenização por dano moral e para reembolso de custas e despesas; e VI)

¹⁶ CORTE IDH. **Caso Garibaldi v. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Julgamento de 23 setembro de 2009. Série C, n. 203.

¹⁷ CORTE IDH. **Caso Gomes Lund e outros. ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Julgamento de 24 novembro de 2010. Série C, n. 219.

publicar um informe apontando as medidas adotadas pelo Brasil para cumprir as reparações.¹⁸

As reparações no Caso Favela Nova Brasília foram as seguintes: I) a sentença já constitui um modo de reparação; II) o Estado brasileiro deve conduzir de forma eficaz a investigação referente às mortes ocorridas em 1994, com a devida diligência e em prazo razoável, para identificar, processar e punir os culpados; III) iniciar ou retomar uma investigação sobre as mortes ocorridas em 1995; IV) avaliar se cabe pedido de incidente de deslocamento de competência; V) iniciar investigação sobre a violência sexual contra as três mulheres envolvidas no caso; VI) conceder gratuitamente tratamento psicológico e psiquiátrico às vítimas; VII) fornecimento gratuito de medicamentos; VIII) publicação da sentença; IX) realizar ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, com a inauguração de duas placas em memória às vítimas, na praça principal da Favela Nova Brasília; X) publicar relatório oficial e anual com informações sobre as mortes ocorridas em operações da polícia e as investigações realizadas em todos os estados do país quando envolver morte de civis ou policiais; XI) criar normas para que um órgão independente (autoridade judicial ou Ministério Público) e diferente da força pública envolvida possa investigar eventuais mortes, tortura ou violência sexual oriundas de operações policiais, quando houver suspeita; XII) adotar as medidas para a redução da letalidade e da violência policial no estado do Rio de Janeiro; XIII) implementar, em prazo razoável, curso ou programa permanente e obrigatório sobre atendimento a mulheres vítimas de estupro, voltado a todos os membros das polícias civil e militar do Rio de Janeiro e funcionários de atendimento de saúde; XIV) adotar medidas para permitir que vítimas ou familiares participem de maneira formal e efetiva da investigação; XV) adotar medidas para uniformizar a expressão “lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial” em informes e investigações da polícia ou do Ministério Público; XVI) realizar o pagamento da indenização por dano imaterial e reembolso de custas e gastos; XVII) restituir ao Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas da Corte Interamericana de Direitos Humanos a quantia destinada no caso; e XVIII) apresentar informe sobre as medidas adotadas para o cumprimento da sentença pelo Estado brasileiro.¹⁹

A Corte IDH determinou no Caso Povo Indígena Xucuru que: I) a decisão *per se* é uma forma de reparação; II) o Estado brasileiro deve garantir e efetivar o direito de propriedade coletiva dos Povos Indígenas Xucuru sobre seu território, sem intrusão, interferência ou envolvimento de terceiros ou agentes do Estado; III) concluir o processo pendente sobre o território indígena Xucuru, com o pagamento de indenização por melhorias de

¹⁸ CORTE IDH. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde v. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Julgamento de 20 de outubro de 2016. Série C, n. 318.

¹⁹ CORTE IDH. **Caso Favela Nova Brasília v. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Julgamento de 16 de fevereiro de 2017. Série C, n. 333.

boa-fé e eliminar qualquer interferência para o efetivo controle pelo povo Xucuru sobre seu território; IV) publicar a sentença; V) realizar o pagamento das indenizações; e VI) publicar informe dentro do prazo de um ano sobre as medidas adotadas para cumprir a sentença.²⁰

Com relação ao último caso contra o Brasil julgado pela Corte – Herzog – a Corte determinou as seguintes reparações: I) reiniciar a investigação, processar e julgar os culpados pelos fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975, a respeito da tortura e morte de Vladimir Herzog, observando o caráter de crime contra a humanidade dos fatos; II) adotar medidas cabíveis para o reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade; III) realizar ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional do Brasil e em memória à vítima; IV) publicar a sentença em sua integridade; e V) realizar o pagamento de indenização por danos materiais e imateriais, bem como, o reembolso de custas e gastos.²¹

Nota-se que as reparações aplicadas ao Brasil possuem naturezas diversas: I) a restituição de danos materiais originados em razão da violação de direitos; II) o pagamento de indenização compensatória por danos materiais e morais; III) a publicação da sentença; IV) obrigações de fazer: a) realizar ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional e memória à vítima (casos Gomes Lund, Favela Nova Brasília e Herzog); ou b) conceder tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico às vítimas e familiares (casos Gomes Lund e Favela Brasília) ou ainda fornecer remédios gratuitamente (Favela Nova Brasília); c) fornecer curso de capacitação para agentes da saúde que tratam de deficientes, como no Caso Ximenes Lopes e curso de formação de direitos humanos para os membros das Forças Armadas (Gomes Lund) ou para agentes da força policial e de saúde que lidam com mulheres vítimas de estupro (Favela Nova Brasília); d) criar lei penal tipificando o desaparecimento forçado, como no Caso Gomes Lund ou criar leis para que um órgão independente investigue fatos quando há policiais suspeitos (Favela Nova Brasília) ou ainda criar quaisquer medidas para diminuir violência ou impedir que haja intrusão ou interferência em propriedade indígena (Favela Nova Brasília e Xucuru) e alterar procedimento interno do país, para, por exemplo, permitir a participação de familiares no curso de investigações (Favela Nova Brasília); avaliar a possibilidade de aplicar o incidente de deslocamento de competência (Favela Nova Brasília); tomar medidas para não aplicar a prescrição (Fazenda Brasil Verde); reiniciar ou concluir processo no Caso Povo Indígena Xucuru e, por fim, determinar a investigação, processo e punição

²⁰ CORTE IDH. **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros v. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Julgamento de 5 de fevereiro de 2017. Série C, n. 346.

²¹ CORTE IDH. **Caso Herzog e outros v. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Julgamento de 15 de março de 2018. Série C, n. 353.

dos culpados, como ocorreu na maior parte dos casos contra o Brasil (Ximenes Lopes, Garibaldi, Gomes Lund, Fazenda Brasil Verde e Herzog).

Diante da necessidade de se reparar os direitos das vítimas violados, será analisada a seguir a resposta brasileira na implementação das medidas reparatórias e os desafios para referida implementação.

3 Resposta brasileira e o *compliance* efetuado pela corte idh: desafios para a implementação das sentenças

As decisões proferidas pela Corte têm natureza vinculante e obrigam os Estados Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos e que tenham reconhecido a jurisdição²² obrigatória da Corte IDH. Essa é a situação brasileira. Desse modo, os Estados devem cumprir as decisões,²³ valendo-se de seu direito interno para executar a reparação determinada. Não pode o Estado justificar o descumprimento em razão de regulamentação no ordenamento interno ou de falta dela. Cabe ao Estado, outrossim, adotar todas as medidas, inclusive adaptando normas de direito interno, para proteger direitos e reparar pelos danos causados, nos termos do artigo 2º da CADH.

Nesse sentido, o artigo 68.2 da CADH estabelece que a “indenização compensatória” prevista na sentença “poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado”.

Desse modo, o primeiro desafio para implementar as decisões da Corte IDH é a inexistência de norma interna específica²⁴ para tanto no direito interno dos países.

Dos casos analisados, é possível notar a grande dificuldade de o Brasil implementar as decisões da Corte IDH, especialmente, no que tange às exigências de mudanças estruturais ou processuais, entendidas como, por exemplo, diminuir a letalidade e violência policial no estado do Rio de Janeiro, reiniciar ou finalizar processos, investigar, processar e punir os responsáveis pela violação de direitos humanos, deixar de aplicar prescrição penal, entre outras. As reparações que não exigem uma complexidade de normas, procedimentos e interlocução interna entre Poderes (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), normalmente, são facilmente observadas, por exemplo, o pagamen-

²² MENEZES, Wagner. **Tribunais internacionais**: jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 326-331.

²³ Vide artigos 62 e 63 da CADH.

²⁴ Nesse sentido: “Como um desafio à implementação das sentenças da Corte Interamericana, encontra-se a falta de regulamentação própria nos direitos internos que viabilize o cumprimento integral dos proventos internacionais. A doutrina mais avançada, contudo, já considera as decisões proferidas em San Jose como títulos executivos judiciais”. MENEZES, Wagner. **Tribunais internacionais**: jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 191.

to das indenizações por danos morais e materiais, publicação da sentença,²⁵ realizar cursos de capacitação ou ato de reconhecimento da responsabilidade internacional. Isso não é exclusividade do Brasil. Acontece também com outros países submetidos ao Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos.^{26 27}

A baixa efetividade ou cumprimento das decisões proferidas pela Corte IDH acabam por interferir diretamente no papel que a Corte exerce na proteção dos direitos humanos na região,²⁸ especialmente, no que diz respeito à obrigação de os Estados investigarem, julgarem e punirem os responsáveis pelas violações de direitos humanos no plano nacional.²⁹

Não obstante a doutrina entender que a sentença da Corte IDH teria natureza constitucional³⁰, no plano nacional, não há normas específicas para a implementação das sentenças no Brasil. Somente com relação ao pagamento das indenizações, há previsão orçamentária facilitando o cumprimento dessa espécie de reparação^{31 32}. Vale dizer, ainda, que a Lei nº 9.140/1995 prevê o pagamento de indenização de pessoas desaparecidas durante o período compreendido entre 2/9/1961 a 15/8/1979.

25 Com relação ao pagamento de indenizações e a publicação de sentença, ensina Coimbra que tratam de “execução direta da União, sendo este o aspecto comum entre eles. Nesses casos, uma articulação institucional interna mais hierárquica é condição suficiente para garantir o cumprimento dessas medidas, pois elas estão em uma escala de grau mais densas normativamente, não sendo necessária, portanto, uma articulação mais complexa que envolva a participação tanto de órgãos de natureza jurídica distinta, quanto da sociedade civil, para definição do conteúdo e alcance da obrigação prevista na sentença. [...]”. COIMBRA, Elisa Mara. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Desafios à Implementação das Decisões da Corte no Brasil. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 19, p. 59-75, 2013, p. 65.

26 MARÍN QUINTANA, María. **Cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desafíos en materia de justicia**. San José, Costa Rica: Fundación Cejil Mesoamérica, 2016, 118 p.

27 Análise comparativa realizada demonstrou que em nenhum caso perante à Corte IDH houve cumprimento integral das sentenças, justificada talvez em razão da “articulação interna atual” dos Estados que não observa “codeterminação no processo de implementação da decisão na ordem jurídica interna” COIMBRA, Elisa Mara. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Desafios à Implementação das Decisões da Corte no Brasil. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 19, p. 65, 2013.

28 Nesse sentido, “The legitimacy and credibility of the tribunal does not depend exclusively upon the supposed progressive jurisprudential developments, if these same developments do not translate into systematic domestic changes”. DULITZKY, Ariel. The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later: Time For Changes. **Quebec Journal of International Law**, p. 162, 2011. (Special Edition)

29 Conforme estudo realizado. GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A. A implementação das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Argentina: uma análise do vaivém jurisprudencial da corte suprema de Justiça da Nação. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 8, n. 15, p. 115-133, 2011 e BASCH, Fernando et al. A eficácia do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: uma abordagem quantitativa sobre seu funcionamento e sobre o cumprimento de suas decisões. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 7, 2010, n. 12.

30 André de Carvalho Ramos entende que ao reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana e por força dos artigos 2º e 3º da Constituição Federal e artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não faz sentido o Brasil continuar interpretando nacionalmente os tratados internacionais e “ignorar seus [dos tribunais internacionais] comandos ou os precedentes [...]”. CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 384-385.

31 Ramos explica que com a previsão orçamentária “ficou superada a burocrática e anacrônica aprovação de lei federal específica para pagamento de indenização a vítimas de violação de direitos humanos [...]”. CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 386.

32 Lei nº 13.587/2018, que aprovou o orçamento referente ao ano de 2018 com previsão para o pagamento de indenização à vítima de violação das obrigações contraídas pela União por meio de tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.

Com relação à norma específica para a implementação das decisões, destacamos o Projeto de Lei³³, PLS nº 220/2016, do senador do Amapá Randolfe Rodrigues, que busca regulamentar o cumprimento das decisões ou sentenças da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. O projeto passou pela Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, sob a relatoria do senador Antonio Anastasia, mas sofreu importantes alterações, entre as quais ampliou a obrigatoriedade de cumprimento de decisões proferidas por outros órgãos internacionais dos quais o Brasil é parte (e não apenas da Comissão e Corte Interamericanas). Além disso, o parecer do senador também apontou a dificuldade de se implementar as obrigações extrapecuniárias e lidar com os entraves da coisa julgada, por exemplo.³⁴

Apesar da relevância e da necessidade do debate interno e da aprovação de uma lei com tal objetivo, o projeto ainda está em trâmite, mas não foi aprovado na Comissão de Assuntos Econômicos no Senado Federal, conforme decisão de 16 de outubro de 2018, que acolheu o relatório do senador Pedro Chaves, contrário ao projeto.³⁵ Desse modo, ainda não há uma norma para regulamentar a implementação das decisões de tribunais internacionais no Brasil, especialmente, as que contêm medidas não pecuniárias.

A dificuldade da realização da convencionalidade,³⁶ isto é, a conformação das normas internas e das decisões proferidas pelos tribunais internos à, notadamente, Convenção Americana de Direitos Humanos,^{37 38} bem como da interpretação feita pela Corte Interamericana no plano interno, garante a manutenção das violações de direitos humanos no Brasil.

Assim, além da falta de norma específica sobre a implementação das decisões, há que se considerar que a inexistência de conformação do ordenamento interno às decisões proferidas pela Corte também é um entrave para a proteção de direitos huma-

³³ Estiveram em trâmite o Projeto de Lei nº 3.214/2000, do Deputado Federal Marcos Rolim, e o Projeto de Lei nº 4.667/2004, do deputado federal José Eduardo Martins Cardozo. Vale destacar a Nota Técnica ao Projeto de Lei nº 4.667/2004, do Ministério Público Federal, de autoria de André de Carvalho Ramos, Denise Neves Abade, Geisa de Assis Rodrigues e Robério Nunes dos Anjos Filho, que trouxe relevantes contribuições ao projeto.

³⁴ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5279843&ts=1539705895566&disposition=inline>. Acesso em: 17 out. 2018.

³⁵ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125951>. Acesso em: 17 out. 2018.

³⁶ Para André de Carvalho Ramos, controle de convencionalidade é "a análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais)". CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 423.

³⁷ Ensina o autor que é possível fazer um "controle de convencionalidade aplicado, ou seja, que utilize a interpretação realizada pelos intérpretes finais destas normas de tratados de Direitos Humanos que são os órgãos internacionais de Direitos Humanos instituídos por estes citados tratados". CARVALHO RAMOS, André de. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 245, 2009.

³⁸ COIMBRA, Elisa Mara. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Desafios à Implementação das Decisões da Corte no Brasil. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 19, p. 68, 2013.

nos. Nota-se que os Estados devem ajustar seu ordenamento interno no que estiver em desconformidade com o posicionamento da Corte sobre a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A convencionalidade dos dispositivos da CADH, bem como de sua interpretação, fornecida pela Corte IDH, portanto, contribuiria para que novos casos de violação não ocorressem. Ao contrário, a não conformação do ordenamento interno, por meio de leis, decisões judiciais e quaisquer outras medidas necessárias, contribuem para que novos casos de violação dos direitos ocorram e, conseqüentemente, que novas decisões sejam proferidas pela Corte e descumpridas pelos Estados em um verdadeiro círculo vicioso.

Vale ressaltar que a própria Corte IDH realiza um sistema de compliance, monitorando o cumprimento de suas decisões³⁹, exigindo que os Estados apresentem informes indicando o andamento dos pontos da sentença. Assim, portanto, é possível verificar-se a supervisão das sentenças proferidas nos casos envolvendo o Brasil. Destacam-se os casos Ximenes Lopes, Escher, Garibaldi e Gomes Lund, em que a Corte emitiu os informes de monitoramento, indicando os pontos da sentença que continuam com pendências de cumprimento.

O Caso Escher é o único caso de que o Brasil é parte e em que foi considerado o cumprimento integral da sentença com o arquivamento do monitoramento pela Corte.⁴⁰ No entanto, nos demais casos, embora a Corte não tenha apresentado novos informes de supervisão, as sentenças não foram integralmente cumpridas.⁴¹

Com relação ao último caso do Brasil monitorado pela Corte (Gomes Lund), foi declarado o cumprimento integral do pagamento da indenização, bem como das publicações da sentença. Além disso, o Brasil apresentou comprovação da data de falecimento das pessoas indicadas na sentença e acatou a recomendação feita sobre a Comissão Nacional da Verdade. O Brasil deu cumprimento parcial a respeito: I) das iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia e sobre as violações ocorridas durante o regime militar; II) do pagamento da indenização por dano material, por dano imaterial e por restituição de custas e gastos; e III) da obri-

39 A partir de 2008, a Corte realiza as audiências públicas de cumprimento para que os Estados possam ter a oportunidade de apresentar seus argumentos. GARAVITO, César Rodríguez; KAUFFMAN, Celeste. De las órdenes a la práctica: análisis y estrategias para el cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. In: BARRETTO MAIA, Camila et al. **Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Nuevos tiempos, viejos retos. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2015, p. 296.

40 CORTE IDH. **Caso Escher e outros v. Brasil**. Supervisão do Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 19 de junho de 2012.

41 CORTE IDH. **Caso Garibaldi v. Brasil**. Supervisão do Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 20 de fevereiro de 2012 e CORTE IDH. **Caso Ximenes Lopes v. Brasil**. Supervisão do Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 17 de maio de 2010.

gação de realizar uma convocatória, em jornal de circulação nacional e regional onde ocorreram os fatos, para identificação de familiares de vítimas.⁴²

Até o presente momento, não houve a publicação de informações sobre o andamento do cumprimento por parte do Brasil das demais sentenças emitidas pela Corte, após o Caso Gomes Lund. Apesar disso, sabe-se que o Estado brasileiro já começou a indenizar as vítimas do trabalho escravo no Fazenda Brasil Verde.⁴³

Esse monitoramento realizado pela Corte IDH não tem se mostrado muito eficaz para que o Estado condenado implemente as decisões.⁴⁴ A doutrina, inclusive, aponta diversas críticas sobre a supervisão do cumprimento das próprias decisões: o arquivamento da supervisão sem o cumprimento integral da sentença,⁴⁵ como ocorreu também no caso brasileiro Escher. Aqui a Corte reconheceu que a “prescrição determina a extinção da pretensão punitiva pelo transcurso do tempo, e geralmente limita o poder punitivo do Estado para perseguir a conduta ilícita e sancionar a seus autores”.⁴⁶ Diferentemente da jurisprudência, que vem se consolidando a respeito da “inaplicabilidade da prescrição penal em determinados casos quando se trata de graves violações aos direitos humanos”, não houve essa declaração na sentença do Caso Escher (como ocorreu no Caso Gomes Lund, por exemplo), de modo que, apesar de o Estado brasileiro não ter cumprido integralmente a sentença com relação à investigação e eventual punição dos responsáveis, a Corte IDH acatou o argumento do Estado brasileiro e arquivou a supervisão da sentença.⁴⁷

Vale destacar, ainda, que a última resolução de monitoramento das sentenças do Brasil foi sobre o Caso Gomes Lund há 4 anos, realizada também 4 anos depois de a sentença ter sido proferida. Com relação ao Caso Garibaldi, cuja sentença foi emitida em 2009, a Corte IDH publicou o último monitoramento em 2012 – 3 anos depois da publicação da sentença e há 6 anos. Esses exemplos reforçam o argumento de ineficiência por parte da Corte IDH na supervisão de suas decisões, pela demora na supervisão do

⁴² CORTE IDH. **Caso Gomes Lund e outros. (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil.** Supervisão do Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 17 de outubro de 2014.

⁴³ Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-08/governo-busca-vitimas-de-trabalho-escravo-da-fazenda-brasil-verde>. Acesso em: 17 out. 2018.

⁴⁴ A Corte monitora cada detalhe das medidas de reparação e, em 2012, supervisionava cerca de 138 casos decididos por ela. GARAVITO, César Rodríguez; KAUFFMAN, Celeste. De las órdenes a la práctica: análisis y estrategias para el cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. In: BARRETTO MAIA, Camila et al. **Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.** Nuevos tiempos, viejos retos. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2015, p. 293-294.

⁴⁵ CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 262.

⁴⁶ CORTE IDH. **Caso Escher e outros. v. Brasil.** Supervisão do Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 19 de junho de 2012, § 18.

⁴⁷ *Ibidem*, §§ 20-21.

cumprimento destas e publicação de informações a respeito, bem como pela falta de critérios claros e incisivos para o cumprimento das medidas não implementadas.

Desse modo, o sistema de monitoramento realizado pela Corte depende, notadamente, do envio de informes sobre o cumprimento da sentença por parte dos Estados, conforme mencionado anteriormente, e da publicação de resoluções ou informes por parte da Corte IDH sobre as pendências para o cumprimento das decisões que, por vezes, arquiva o monitoramento sem que a sentença tenha sido integralmente efetivada. A ineficiência desse sistema de monitoramento constitui, portanto, o segundo desafio para implementação das decisões da Corte em âmbito nacional.

Por fim, além do sistema de monitoramento estudado, na hipótese em que o Estado deixar de cumprir a sentença, pode a Corte incluí-lo no relatório anual encaminhado à Assembleia Geral da OEA, nos termos do artigo 65 da CADH.⁴⁸

No entanto, os países que descumpriram as decisões emitidas pela Corte IDH, cujos casos foram encaminhados à Assembleia da OEA via relatório anual, não sofreram quaisquer sanções.⁴⁹

Assim, “o mecanismo político de coerção dos Estados” via OEA também não se mostrou eficiente para punir os Estados que não implementam as decisões da Corte IDH, de modo que seria necessário uma “participação mais ativa da Assembleia Geral e do Conselho Permanente da OEA”, o que, no entanto, não ocorre até mesmo pela inexistência de “procedimento exposto de edição de sanção” pelo órgão.⁵⁰ A falta de previsão de sanções também nessa seara constitui o terceiro desafio para a implementação das sentenças da Corte IDH.

Como foi possível verificar, o sistema de compliance feito pela Corte IDH ou via Assembleia da OEA não é eficaz para compelir os Estados a cumprirem as sentenças da Corte. Além disso, a inexistência de lei específica que regulamente a implementação das sentenças no Brasil, notadamente com relação às reparações não pecuniárias e a inconvencionalidade das normas e decisões judiciais no plano interno, continuam sendo óbices para a efetivação das medidas nacionalmente.

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

49 Por exemplo, Trinidad Tobago. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **El ejercicio de la función judicial internacional**: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 30.

50 CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 262-263.

4 Conclusão: há um lugar ao sol para os direitos humanos no Brasil?

Como foi possível analisar neste artigo, ao longo dos 20 anos em que o Brasil reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana, somente nove casos contra o país foram apreciados por ela.

Foi possível notar, outrossim, quais as reparações mais cumpridas pelo Brasil, sobretudo o pagamento de indenização por danos morais e materiais e publicação de sentenças, pois demandam menor complexidade de procedimentos internos e de interação entre os Poderes do Estado – assim como também ocorre em outros países da região submetidos ao SIDH, como vimos.

A precariedade do sistema de *compliance* da Corte IDH e do mecanismo político da OEA e, até mesmo, a inexistência de previsão expressa para aplicação de sanções pelos referidos órgãos do SIDH em caso de descumprimento dificultam ainda mais a implementação de sentenças.

Ao lado de um sistema de monitoramento deficitário e opaco, que obstaculariza a verificação do cumprimento das sentenças, a inexistência de lei interna constitui outro desafio para a implementação das decisões da Corte no Brasil. Os projetos de lei a respeito do tema, apesar de infrutíferos, demonstraram a necessidade de reformas estruturais importantes no plano interno para se efetivar o cumprimento integral das decisões da Corte no país, especialmente no que diz respeito à persecução penal dos responsáveis pela violação de direitos humanos. Deixar de aplicar a prescrição penal e a coisa julgada, por exemplo, nos casos analisados pela Corte, parece ser impossível, sem um amplo debate político e jurídico, e sem mudanças substanciais da legislação no plano interno. A incompatibilidade das normas de direitos humanos e das interpretações da Corte Interamericana com o direito brasileiro, além disso, somente reforça a manutenção das violações de direitos humanos e a responsabilização internacional do Estado brasileiro.

Desse modo, as mudanças estruturais esperadas para que a violação de direitos humanos não continue se reproduzindo dependem de um esforço conjunto dos Poderes de Estado brasileiros para que a proteção dos direitos não acabe somente na retórica, sem encontrar um verdadeiro lugar ao sol no Brasil.

Referências

BASCH, Fernando et al. A eficácia do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: uma abordagem quantitativa sobre seu funcionamento e sobre o cumprimento de suas decisões. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 7, n. 12, p. 9-35, 2010.

CARVALHO RAMOS, André. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 241-286, 2009.

_____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COIMBRA, Elisa Mara. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Desafios à Implementação das Decisões da Corte no Brasil. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 19, p. 59-75, 2013.

CORTE IDH. **Caso Ximenes Lopes v. Brasil**. Mérito, Reparações e Custas. Julgamento de 4 de julho de 2006. Série C, n. 149.

_____. **Caso Escher e outros v. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Julgamento de 6 de julho de 2009. Série C, n. 200.

_____. **Caso Garibaldi v. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Julgamento de 23 de setembro de 2009. Série C, n. 203.

_____. **Caso Ximenes Lopes v. Brasil**. Supervisão do Cumprimento da Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 17 de maio de 2010.

_____. **Caso Gomes Lund e outros. ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Julgamento de 24 de novembro de 2010. Série C, n. 219.

_____. **Caso Escher e outros v. Brasil**. Supervisão do Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 19 de junho de 2012.

_____. **Caso Garibaldi v. Brasil**. Supervisão do Cumprimento da Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 20 de fevereiro de 2012.

_____. **Caso Gomes Lund e Outros. ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil**. Supervisão do Cumprimento da Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 17 de outubro de 2014.

_____. **Caso Trabalhadores Fazenda Brasil Verde v. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Julgamento de 20 de outubro de 2016. Série C, n. 318.

_____. **Caso Favela Nova Brasília v. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Julgamento de 16 de fevereiro de 2017. Série C, n. 333.

_____. **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros v. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Julgamento de 5 de fevereiro de 2017. Série C, n. 346.

_____. **Caso Herzog e outros v. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Julgamento de 15 de março de 2018. Série C, n. 353.

DULITZKY, Ariel. The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later: Time For Changes. **Quebec Journal of International Law**, 2011. (Special Edition).

GARAVITO, César Rodríguez; KAUFFMAN, Celeste. De las órdenes a la práctica: análisis y estrategias para el cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. *In*: BARRETTO MAIA, Camila et al.

Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2015.

GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A. A implementação das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Argentina: uma análise do vaivém jurisprudencial da corte suprema de Justiça da Nação. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 8, n. 15, p. 115-133, 2011.

MARÍN QUINTANA, María. **Cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos:** desafíos en materia de justicia. San José, Costa Rica: Fundación CEJIL Mesoamérica, 2016. 118 p.

MENEZES, Wagner. **Tribunais internacionais:** jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional:** um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **El ejercicio de la función judicial internacional:** memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 30.

18 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NOS ANOS 1980: UMA “CORTE” PEDRO NIKKEN?

Siddharta Legale¹

Resumo: A história da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) permite identificar perfis diferentes que se alteraram ao longo do tempo. Nos anos 1980, os primeiros casos submetidos a sua apreciação revelam uma Corte tipicamente consultiva que avança em direção a uma Corte mais contenciosa e interveniente nos anos 1990. A judicatura e a presidência do magistrado Pedro Nikken permitem traçar uma metonímia do comportamento da Corte durante esse período, devido as suas obras jurídicas e suas decisões. O contexto histórico de ascensão dos Direitos Humanos e a ideia de desenvolvimento progressivo traz o plano de fundo no qual se insere a proposta de uma “Corte Pedro Nikken” que analisa criticamente a expansão da jurisdição contenciosa da Corte IDH. As opiniões consultivas e os casos contenciosos julgados pela Corte IDH demonstram etapas diferentes de desenvolvimento e construção de sua identidade.

Palavras-chaves: Pedro Nikken. Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva.

Abstract: *The Inter-American Court of Human Rights (IACHR) changes over time. In the 1980s, the main cases were submitted to Advisory Opinion that moves towards a more Decisions and judgements in a interventional way at the Court Caselaw in 90's. Judicature and the Presidency of Pedro Nikken allows a company to have the freedom of decision during the period, as their own laws while preparing for justice. The historical context of the rise of human rights and an idea of progressive development is the most qualified background of the proposal of “Court Nikken” that critically analyzes the expansion of the contentious jurisdiction IACHR. The advisory companies and contentious cases judged by the IACHR have demonstrated stages of development and formation of the Court's own identity.*

Keywords: *Pedro Nikken. Human Rights. Inter-American Court of Human Rights. Advisory opinion.*

I Introdução

¹ Professor adjunto de Direito Constitucional da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND-UFRJ). Coordenador do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos (NIDH). Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional e Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). E-mail: siddhartalegale@hotmail.com.

Existem diversos artigos sobre as opiniões consultivas e sobre os casos contenciosos clássicos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) durante os anos 1980. Nenhum deles, porém, investigou a existência de uma identidade comum no perfil decisório dos magistrados e dos fundamentos dominantes empregados nessa época. Investiga-se se existe uma Corte IDH coerente e com um perfil claramente definido. A hipótese é que existe uma tendência comum nessa década que a difere das posteriores em relação à opinião consultiva; à fundamentação de suas decisões; e à forma de responsabilização internacional do Estado.

A identidade ou perfil decisório dessa época desvela-se no fato de a Corte IDH ser mais consultiva do que contenciosa; mais autocontida do que interveniente na soberania dos Estados; optar por uma fundamentação decisória em que prevalece mais o desenvolvimento progressivo sobre as normas de jus cogens e por um processo de responsabilização que busca um acordo com o Estado e circunscreve a ideia de “indenização justa” a aspectos pecuniários e não a obrigações de fazer em sentido amplo.

A esse conjunto de características da jurisprudência da Corte IDH nos anos 1980 denominaremos de “Corte” Pedro Nikken, tomando como referência esse ex-magistrado da Corte IDH cuja judicatura foi exercida entre 1980 a 1989, tendo sido Presidente desta entre 1983-1985.² As características de seus textos e obras são bastante representativas de uma época, uma verdadeira metonímia na Corte da IDH.

Nos últimos anos, a situação se inverteu: a Corte IDH tornou-se mais contenciosa. Nos sete primeiros anos de sua atuação,³ foram expedidas 4 opiniões consultivas e nenhum caso contencioso. Como o mandato dos magistrados tem duração de seis anos, a “Primeira Corte Interamericana”, por assim dizer, expirou sem apreciar a responsabilidade internacional de nenhum Estado.^{4,5} Até 1989 houve 10 opiniões consultivas e 4 casos contenciosos. Foi justamente nesse acervo inicial que essa identidade se fez presente,

2 Informações do site da própria Corte IDH, disponíveis em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/PNI.pdf>.

3 A Corte IDH se instala na Costa Rica em 1979 e, em 1980, complementa os trabalhos referentes ao acordo de sede negociado. Sobre o tema, as duas obras mais detalhadas, profundas e completas são CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **El Ejercicio de la Función Judicial Internacional**: Memorias de La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Belo Horizonte: Delrey, 2013. e RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2002. Para uma visão geral, existem diversos trabalhos cf. PEREIRA, Antônio Celso Alves. Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 45, 2009. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_87.pdf.; MENEZES, Wagner. **Tribunais internacionais**: jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 188-192. BOLFER, Sabrina Ribas. Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006, v. 1, p. 621 et seq.; MACHADO, Isabel Penido de Campos. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA, Roberto Luiz (org.). **Manual de Direito processual internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

4 A Corte chegou a admitir inicialmente o Caso “Viviana Gallardo”, referente a uma autodenúncia da Costa Rica, inclusive com renúncia ao esgotamento dos recursos internos. O processo foi posteriormente remetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) por se entender que não é possível levar um caso contencioso à Corte sem que ele sequer passe pela CIDH. É curioso ver que o caso se encontra indexado, atualmente, como uma espécie de opinião consultiva n. 0 (zero) da Corte Interamericana em seu site. Confira-se: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es

5 BUERGENTHAL, Thomas. **Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-1.pdf>.

como será apresentado nas três partes centrais do presente texto: (I) o marco teórico na produção de Pedro Nikken; (II) a função consultiva da Corte IDH em termos teóricos e de conteúdo das OC proferidas; e (III) os casos contenciosos em especial o ciclo de casos hondurenhos.⁶

2 Pedro Nikken, os direitos humanos e o desenvolvimento progressivo

A concepção teórica de Pedro Nikken será abordada em quatro partes: (I) o contexto histórico da Corte IDH; (II) o papel das opiniões consultivas; (III) o conceito de direitos humanos; e (IV) o conceito de desenvolvimento progressivo, previsto no art. 26 da CADH e muito utilizado pela jurisprudência interamericana, que o magistrado foi o principal teórico a lapidar em seu clássico livro *A proteção internacional dos direitos humanos: seu desenvolvimento progressivo*.⁷

2.1 Contexto histórico da “Corte” Pedro Nikken

A Corte IDH não começou a funcionar da noite para o dia. Declarações foram aprovadas, convenções foram assinadas e algumas práticas antecederam a construção desse mecanismo judicial para fazer prevalecer a paz contra a força e resolver as violações aos direitos humanos pelo Estado. Em 1948, oito meses antes da aprovação da Declaração Universal de Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADDH) foi aprovada (em abril), tornando-se, oficialmente, o primeiro documento do pós-guerra a enunciar de forma mais ampla a necessidade de proteção geral e irrestrita aos direitos humanos. Vale destacar que, embora tenha sido aprovada como uma declaração da OEA, a OC-10/89 reconheceu que seus princípios são obrigatórios por se integrarem à Carta da OEA.

Em 1959, a Resolução VIII da Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores estabeleceu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos originalmente destinada a ser um órgão de consulta para questões urgentes. Progressivamente, a CIDH foi se institucionalizando. A Resolução IX da VIII Reunião da Consulta de Ministros das Re-

⁶ Nos dois anos, não incluímos na contagem a supervisão de cumprimento de sentença e as medidas provisórias, o que aumentaria a contagem. Por “casos contenciosos”, o buscador da Corte IDH registra apenas sentenças e interpretações de sentenças ou de exceções preliminares.

⁷ NIKKEN, Pedro. **La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progressivo**. Madrid: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987.

lações Exteriores de 1962 recomendou emendar o Estatuto. Em 1965, a Resolução XXII ampliou os poderes da CIDH para receber petições ou comunicações sobre violações a direitos humanos. Em 1967, o Protocolo de Buenos Aires de Reformas à Carta da OEA erigiu a CIDH a categoria de órgão principal, determinando que a CIDH velaria por seus princípios até a entrada em vigor da CADH.⁸

Em 1969, foi aprovada a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. A CIDH deve velar pela sua aplicação e produzir relatórios, contendo informações sobre o progresso na realização dos objetivos da DADDH. Na época, a CIDH chegou a conclamar os Estados a incorporarem em suas Constituições certas categorias de direitos para se harmonizar com as convenções e recomendações de direitos humanos da ONU, da OEA e da OIT.⁹

Em 1978, a CADH entra em vigor, constituindo um divisor de águas entre a antiga e a atual CIDH, que passou a se fortalecer institucionalmente. Em 1988, foi aprovado o Protocolo de São Salvador em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ao sistema interamericano, que entraria em vigor apenas em 1999.

Na década de 1980, foram julgados apenas 4 casos contenciosos. Três deles são oriundos de Honduras, razão pela qual se optou por batizá-los como o “ciclo de casos hondurenhos” da Corte IDH. O primeiro caso com manifestação da Corte IDH, porém, é Viviana Gallardo e outros vs. Costa Rica (1981 e 1983). Embora revele o perfil mais autointido típico da Corte IDH da época, não merece um papel de destaque. É singular em demasia. O site da Corte erra, chegando a enquadrá-lo equivocadamente como uma estranha espécie de “opinião consultiva zero”.

A Costa Rica, no caso, acionou diretamente a Corte IDH e pretendia, a um só tempo, renunciar ao esgotamento dos recursos internos e ao procedimento na CIDH para submeter à jurisdição contenciosa o assassinato de Viviana Gallardo na cela e às lesões causadas às suas companheiras de cela por um policial da Costa Rica.¹⁰ A decisão de 13 de novembro de 1981, em síntese, esquिवou-se do pronunciamento sobre a questão do esgotamento e remeteu a questão à CIDH.

Cançado Trindade afirma que, em 1978, chegavam a 3.200 os casos examinados pela CIDH, enquanto, posteriormente, somente em 1980 foram recebidas 3.402 denúncias. Até 1980 a CIDH recebeu um total de 6.756 denúncias, que originaram, na época, 437 resoluções. As décadas de 1970 e 1980 foram de um reinado pleno da CIDH em de-

⁸ Protocolo de Buenos Aires de 1967, Artículo 112 “Habrà una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”.

⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: SBERJ, 1988, p. 67 et seq.

¹⁰ *Ibid.*, p. 198-199.

trimento da Corte IDH. Embora Cançado Trindade não realize tal contraste, surpreende ver com os olhos de hoje que, das 6.756 denúncias presentes na CIDH exclusivamente no ano de 1980, apenas 4 casos tenham sido efetivamente julgados pela Corte IDH em uma década inteira.

É preciso destacar que, a despeito de eventuais questões políticas e institucionais, um fator jurídico influenciou bastante esse cenário: o baixo número de países que haviam reconhecido a jurisdição obrigatória da Corte IDH. Embora muitos países tenham assinado a CADH nas décadas de 1960, 1970 e 1980, isso não ocorreu com relação ao aceite da competência obrigatória da Corte IDH. Em toda a década de 1980, apenas nove países o fizeram: Costa Rica (2/7/1980), Peru (21/1/1981), Honduras (9/9/1981), Argentina (5/9/1984), Equador (13/8/1984), Uruguai (19/4/1985), Colômbia (21/6/1985), Suriname (12/11/1987), Guatemala (9/3/1987).¹¹

A América Latina vivia uma instabilidade política generalizada, decorrente das ditaduras militares que se aparelharam por meio de práticas sistemáticas de detenções arbitrárias, execuções, torturas e desaparecimentos forçados de pessoas. Diversas ditaduras militares na América Latina utilizaram o desaparecimento forçado para gerar medo e controlar a população, como os governos de Juan María Bordaberry no Uruguai (1973-1976), Jorge Videla na Argentina (1976-1983), Hugo Nanzer na Bolívia (1971-1978), Augusto Pinochet no Chile (1974-1990), Alfredo Stroessner no Paraguai (1954-1989), Alberto Fujimori no Peru (1990-2000) e a ditadura militar no Brasil, especialmente nos governos Humberto Castello Branco (1964-1967) e Arthur da Costa e Silva (1967-1969).¹²

O “ciclo de casos hondurenhos”, formado pelos casos Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), Fairen Garbi vs. Honduras (1989), Godínez Cruz vs. Honduras (1989), até por esse contexto político, é uma metonímia do que não só viriam a ser outros casos da própria Corte IDH na década de 1990 e 2000, mas se revela muito representativo do que se vivia à época em toda a América Latina.

2.2 O papel das opiniões consultivas

A opinião consultiva (OC) tem uma vantagem no contexto dos direitos humanos de tornar politicamente mais fácil fazer o governo aderir e cumprir seus conteúdos, já que ela, como destaca Thomas Buergenthal, “não estigmatiza o estado como um violador de

¹¹ Dados extraídos da base de dados da Cejil para construir o gráfico próprio: <http://jurisprudencia-sidh.cejil.org/instruments/>.

¹² Cf. BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda. **The Inter-American Court of Human Rights**. New York: Oxford University Press, 2011, p. 299.

direitos e permite que o governo delinquente apareça como um cumpridor voluntário de tais atos”.¹³

Pedro Nikken, por sua vez, segue uma linha um pouco diferente. Concorda, inicialmente, com a afirmação de Faúndez Ledesma ao tratar dessa competência: “ela opera como uma espécie de tribunal constitucional encarregado de interpretar a Convenção ou qualquer outro tratado de direitos humanos.”^{14 15} Em seguida, contextualiza melhor as afirmações das opiniões consultivas, de modo a reconhecer a natureza jurisdicional e vinculante das OCs, ou seja, adota uma concepção que fortalece a obrigatoriedade da função consultiva, já que elas poderão fundamentar em casos contenciosos a responsabilidade internacional.

A afirmação da OC-1/82 é ressignificada com base no fato de que as opiniões consultivas “não têm o mesmo efeito vinculante que se reconhece para suas sentenças em matéria contenciosa”. Esclarece que a possível ambiguidade da Corte deve ser vista como uma decisão contingente e contextual. Considera que essa afirmação se deve unicamente à necessidade de a Corte IDH refutar o argumento de que a interpretação dos tratados de direitos humanos fora do sistema interamericano poderia gerar pronunciamentos contraditórios ou conflitantes com os de outras Cortes Internacionais, como a CIJ, responsáveis por interpretar outros tratados.

Quanto à afirmação na OC-03/83, solicitada pela CIDH, de que “neste âmbito, cumpre função assessora”, Nikken esclarece que serve para evitar um incidente à objeção da Guatemala na opinião consultiva, que vivenciava um contexto de possível aplicação da pena de morte. A Guatemala chegou a suspender a execução de pessoas condenadas à pena de morte em seu território. Nesse delicado contexto, foram apresentadas as diferenças entre as funções contenciosas e consultivas, de modo que a decisão não fosse interpretada pelo Governo da Guatemala como uma provocação para precipitar as execuções. Uma redação que soasse mais como uma sugestão do que como uma imposição seria, nesse contexto, mais palatável ou diplomática ao Estado.

Essa posição favorável à obrigatoriedade dos efeitos da opinião consultiva de Pedro Nikken, portanto, é a mais consistente com uma leitura que fortalece a CADH. Isso porque interpreta e descreve a eficácia das decisões da Corte IDH e se coaduna com o objetivo do art. 2º da CADH, segundo o qual os Estados devem adotar normas de direito

13 O trecho é tradução livre da passagem do artigo de BUERGENTHAL, Thomas. *The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights*. *The American Journal of International Law*, v. 79, n. 1, p. 26, 1985, p. 26.

14 O trecho é tradução livre da passagem do artigo de Pedro Nikken, que se dedica especialmente ao alcance e aos efeitos das opiniões consultivas, cf. NIKKEN, Pedro. *La función consultiva de la Corte Interamericana de derechos humanos*. Disponível em: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/10.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2016.

15 Aparentemente no mesmo sentido, cf. PEREIRA, Antônio Celso Alves. A Competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: MELLO, Cleyson de Moraes; MARTINS, Vanderlei; PEREIRA, João Eduardo de Alves. *O direito em movimento*. Juiz de Fora: Editar, 2015, p. 28.

interno que respeitem os direitos humanos. A propósito, vale destacar a OC-07/86 que envolveu o direito humano fundamental de retificação ou resposta, consagrado no art. 14 da CADH. Solicitada pela Costa Rica, a Corte IDH fixou o dever de o Estado respeitar tal direito, bem como de adotar procedimentos constitucionais, legislativos e outros para tornar efetivo o direito de resposta previsto no art. 14 e 2º da CADH. Decidiu, ainda, que apenas por lei é possível restringir tal direito.

2.3 O conceito de direitos humanos

Pedro Nikken foi escolhido devido ao fato de sua compreensão dos direitos humanos retratar fielmente o espírito de uma época, visão predominante especialmente nos magistrados da Corte IDH.

Em primeiro lugar, direitos humanos, para o magistrado, são direitos inerentes à pessoa humana, flertando com um estoicismo e jusnaturalismo que se contrapunham às barbáries cometidas na Segunda Guerra Mundial.¹⁶

Em segundo lugar, esses direitos são oponíveis aos Estados, mais especificamente ao Poder Público e, portanto, estariam fora do âmbito de discricionariedade do Estado. De forma mais precisa, existem, para ele, “direitos legais” e “direitos programa”. Os primeiros constituem imediatamente limites à ação estatal em decorrência da possibilidade de controles judiciais ou quase-judiciais. Já os segundos seriam controlados apenas por órgãos técnico-políticos a partir da situação socioeconômica do país.¹⁷

Essa matriz surge do processo de constitucionalização de direitos e garantias fundamentais ditos de primeira geração. Nesse momento histórico, especialmente a partir do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, esse grupo de direitos alçou relevo internacional. São direitos tipicamente individuais que buscam garantir a proteção contra o arbítrio estatal e a sua não interferência na esfera pessoal.

Posteriormente, ganha especial importância a ideia de condições dignas de vida da pessoa, que pressupõe a capacidade do ser humano de desenvolver necessidades básicas de vida. Essa foi a noção de direitos econômicos, sociais e culturais chamada de direitos humanos de “segunda geração”. É necessário que o Estado proporcione mecanismos eficazes de concretização desses direitos sob pena de violação desses mesmos direitos. Tais direitos partem da ideia de insuficiência da simples previsão de direitos e ganham relevo na sociedade internacional com o Pacto de Direitos sociais, econômicos e culturais de 1966.

¹⁶ NIKKEN, Pedro. **La protección internacional de los derechos humanos**: su desarrollo progresivo. Madrid: Instituto Interamericano de derechos humanos, 1987, p. 29.

¹⁷ *Ibid.*, p. 45.

Apesar de igualmente importantes e oponíveis ao Estado, os direitos dessas gerações se diferenciam em relação a sua exigibilidade. Os direitos civis e políticos podem ser exigidos em qualquer tempo, devendo o Estado dar-lhes cumprimento imediato. Já os direitos econômicos, sociais e culturais possuem certa margem de discricionariedade do Poder Público.¹⁸ Sua sindicabilidade judicial não depende apenas do seu descumprimento, mas também dos *standards* técnicos e das políticas públicas adotadas.¹⁹

Essas “gerações” de direitos humanos são apenas divisões epistemológicas que representam momentos de surgimento e maior relevância de alguns direitos em relação a outros. Não obstante, relacionam-se de forma construtiva, agregando novos conceitos à proteção dos direitos humanos. Isso significa que a superação de uma geração não implica a mitigação de sua importância, mas sim o advento de novos direitos que irão agregar e reforçar a proteção da pessoa humana. De qualquer forma, até hoje, essa compreensão teórica acaba por influenciar a jurisprudência da Corte IDH que exige mais os direitos de primeira geração do que os de segunda e, ainda, muitas vezes quando exige os de segunda geração os fundamenta como se de primeira fossem.

2.1 O desenvolvimento progressivo

A noção de desenvolvimento progressivo parte exatamente dessa perspectiva de construção dos direitos humanos que surgem de maneira gradativa, incremental em determinados contextos, e não negando os anteriores. São resultados de lutas que culminaram na emancipação de grupos sociais historicamente oprimidos.²⁰ Em linhas gerais, envolve a tendência a tornar o conjunto de meios de proteção do direito internacional mais amplo, completo e eficaz. Isso significa, segundo Pedro Nikken, (I) tornar mais precisos o alcance e o conteúdo dos direitos protegidos; (II) dotar de eficácia vinculante o dever do Estado de respeitá-los; e (III) criar instituições e mecanismos com a finalidade de verificar o cumprimento das obrigações internacionais.²¹

Quanto à primeira ideia, é possível destacar os seguintes elementos: (I) o rol de direitos constitucionais não deve ser considerado taxativo, ou seja, deve ser enunciativo; (II) a ideia de direitos “inerentes à pessoa humana” não se esgota nas previsões constitucio-

18 NIKKEN, Pedro. El derecho internacional de los derechos humanos em el derecho interno. *Revista IIDH*, v. 57, p. 11-12, 2013.

19 NIKKEN, Pedro. **El concepto de derechos humanos**, p. 10. Disponível em: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-concepto-de-derechos-humanos.pdf>.

20 NIKKEN, Pedro. **La protección de los derechos humanos**: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, p. 12.

21 NIKKEN, Pedro. **La protección internacional de los derechos humanos**: su desarrollo progresivo. Madrid: Instituto Interamericano de derechos humanos, 1987, p. 59.

nais; (III) todos os direitos constitucionalmente previstos, em regra, devem ser considerados como “inerentes à pessoa humana”; (IV) todo direito “inerente à pessoa humana” poderia ter sido positivado no texto constitucional expressamente; (V) uma vez reconhecidos como direitos “inerentes à pessoa humana”, o fato de não estarem previstos literalmente no texto constitucional não deve significar a diminuição de sua importância.²²

Quanto ao segundo elemento, Pedro Nikken sustenta a importância da difusão do direito internacional dos direitos humanos e de ampliar a sua força vinculante. Em primeiro lugar, essa expansão deve se dar no próprio plano internacional, reforçando compromissos existentes. Por exemplo, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do homem, que nasce como declaração e, portanto, formalmente desprovida de efeito vinculante. Progressivamente, porém, esta passa a ser invocada por outras convenções, como a própria Carta da OEA, adquirindo esse caráter, como reconhece a OC-10/87.²³ Os direitos humanos, nessa concepção, devem ser integrados com o direito interno dos Estados como uma forma de ampliar os horizontes de proteção da pessoa e consolidar seus mecanismos de defesa. Esse reconhecimento posterior da força obrigatória pode igualmente decorrer de um costume que insere no tratado normas de *jus cogens*.

Quanto ao terceiro, é preciso notar que não raro as convenções são complementadas por outros protocolos. Essa evolução posterior pode ser resultado de cláusulas facultativas colocadas nos tratados. Nessa linha, por exemplo, é a cláusula da CADH que prevê a facultatividade do aceite da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Da mesma forma, competências dos órgãos de supervisão podem ser exercidas em diferentes graus, em razão do contexto ou da complexidade da relação entre esses órgãos, como a dinâmica que varia entre a Corte IDH e a Comissão Interamericana.

Nessa linha, Nikken chega a tratar de uma “competência progressiva”, exemplificando com a Comissão Interamericana, criada pela Conferência da V Reunião de Ministros das Relações Exteriores de 1959 em Santiago do Chile, sem apoio em um tratado formal e, gradativamente, institucionalizada a partir da Carta da OEA, depois da Reforma de Buenos Aires de 1967 e da entrada em vigor da CADH em 1978.

Em qualquer uma dessas perspectivas, Nikken destaca uma dupla dimensão da progressividade em estabelecer uma garantia ou piso mínimo ao qual os Estados estão obrigados, assim como a impossibilidade de interpretar as disposições do tratado de direitos humanos de forma menos ampla, já que essa é uma imposição da cláusula do art. 29, da norma mais favorável ao ser humano. Trata-se de realizar uma interpretação evolutiva ou humanitária que vede retrocessos.

²² Ibid., p. 6.

²³ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **A Opinião Consultiva n° 10/89 da Corte IDH: a força da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.** Disponível em: <https://nidh.com.br/a-opiniao-consultiva-n-10-da-corte-idh-a-forca-da-declaracao-americana-de-direitos-e-deveres-do-homem/>.

Por isso, a progressividade pode estar presente em termos gerais ou específicos. No primeiro caso, implícita ou explicitamente, ocorre quando há previsão de conceitos indeterminados, como “ordem pública”, “bem-estar geral” ou “saúde pública”. A segunda via resulta de termos específicos, como quando a CADH prevê no art. 4 que os Estados que aboliram a pena de morte não podem restabelecê-la.

3 A Corte IDH nos anos 1980: uma Corte de opiniões consultivas

A função consultiva da Corte IDH está prevista no art. 64 da CADH.²⁴ Para esclarecê-la, dividiremos este item em duas partes. Muitas questões operacionais relacionadas às OCs constam do art. 60 e seguintes do Regulamento da Corte Interamericana, bem como em uma construção jurisprudencial da própria Corte IDH^{25, 26}.

Em linhas gerais, qualquer membro da OEA – faça ou não parte da CADH – poderá solicitar um parecer da Corte IDH.²⁷ O indivíduo, em que pese os avanços promovidos pelas reformas ao Regimento Interno da Corte, ainda não está legitimado explicitamente pela CADH a submeter um caso à Corte por esse dispositivo.²⁸ A Corte IDH também não possui legitimidade para iniciar uma opinião consultiva de ofício. Não obstante, uma vez iniciado o procedimento, a desistência do Estado não vincula a Corte IDH (OC-15/97). A Corte IDH entende, ainda, pela possibilidade de reformular as perguntas apresentadas (OC-7/86).²⁹

Vale enfatizar: apenas os Estados podem pleitear especificamente a análise da compatibilidade entre a legislação interna com a CADH. Essa possibilidade tem um interesse

²⁴ Comitê Jurídico Interamericano também serve como corpo consultivo da OEA para assuntos jurídicos. Difere, porém, da competência consultiva da Corte IDH em três aspectos. O Comitê pode, por iniciativa própria, realizar estudos, trabalhos e sugerir a realização de conferências jurídicas especializadas. O Comitê pode ser solicitado apenas pela Assembleia Geral, Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores e Conselhos da Organização. Note-se: os Estados-Membros da OEA não podem formular consultas a esse órgão. Por fim, o Comitê não atua como órgão judicial, quase-judicial ou arbitral. Sua função circunscreve-se a opinar sobre um tema, que nem sequer precisa ser de direitos humanos. Poderá proferir opiniões sobre “assuntos jurídicos” de caráter internacional, desprovidas de efeito vinculante aos Estados ou aos órgãos da OEA. Sobre o tema cf. CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte Interamericana de direitos humanos: Repercussão jurídica das opiniões consultivas**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 136.

²⁵ Nesse sentido, cf. ROA, Jorge Ernesto. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia e Instituto de Estudios Constitucionales, 2015, p. 67 et seq.

²⁶ Para um comentário ao dispositivo com os trechos mais importantes de cada OC da Corte IDH. Cf. PIOVESAN, Flávia. **Código de Direito Internacional dos direitos humanos**. São Paulo: DPL Editora, 2008, p. 1306 et seq.

²⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 238.

²⁸ Ibid., p. 103.

²⁹ O fundamento foi de que, mesmo inexistindo regras específicas, é possível aplicar por analogia o direito de reter o caso, previsto para a competência contenciosa. Sobre o tema, vale conferir: SALVIOLI, Fabián. **La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial. Homenaje y Reconocimiento a Antônio Cançado Trindade**. Porto Alegre: Sergio Fabris; Brasília, 2004, p. 417-472. T. III.

prático para que essa função interpretativa auxilie o cumprimento pela legislação interna e por tratados fora do marco interamericano a partir dos direitos humanos previstos no sistema interamericano (OC-01/82).

Os órgãos e os organismos da OEA também podem consultar a Corte IDH. Eles estavam originalmente enumerados no Capítulo X da Carta da OEA, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, como dispõe o art. 64. Atualmente, porém, depois de outras reformas do Pacto,³⁰ eles estão presentes no Capítulo VII, no art. 53: Assembleia Geral, Reunião da Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, Conselhos, a Secretaria-Geral, a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos (CIDH), as Conferências Especializadas e os Organismos Especializados.³¹ Como bem destaca a OC-03/83, nesse caso, a OC deve ser relevante para “assistir e orientar o solicitante no cumprimento de sua missão”. Thomas Buergenthal, à época da aprovação da CADH, destacou que, por incluir tais entes e não apenas os Estados, a competência consultiva era uma das mais amplas estabelecidas até então.³²

O objetivo central da OC, segundo a própria Corte IDH, é “desentranhar o sentido, propósito e razão das normas internacionais sobre direitos humanos” (OC-16/99 e OC-17/02). Não serve para resolver questões de fato, já que a proteção de direitos e liberdades das pessoas cabe à jurisdição contenciosa, que não pode “resolver casos abstratos” (OC-14/94). Como não existem propriamente demandados ou atores, não se coloca como requisito a defesa do Estado no procedimento (OC-03/83). Ao fixar os sentidos válidos para interpretação antes de um litígio concreto, a Corte IDH acaba por realizar um controle de convencionalidade prévio ao caso contencioso.

As primeiras opiniões consultivas envolvem predominantemente aspectos relacionados ao próprio funcionamento do sistema interamericano. Por exemplo, das 15 primeiras, pelo menos sete estão centradas em questões relacionadas ao acesso, eficácia e competência formal da Corte: OC-1/82 (objeto da função consultiva); OC-2/82 (efeito das reservas à CADH); OC-6/86 (significado da expressão leis no art. 30 da CADH); OC-10/89 (a DADDH); OC-11/90 (esgotamento aos recursos internos); OC-12/91 (compatibilidade de projeto de lei com a CADH); OC-13/93 (atribuições da CIDH). Nessa fase da década de 1980 e início dos anos 1990, a Corte IDH parece centrada em montar as suas próprias engrenagens.

³⁰ Protocolo de Cartagena das Índias (1985), Protocolo de Washington (1992) e Protocolo de Manágua (1993).

³¹ Exemplos de organismos especializados: Organização Pan-Americana da Saúde, Instituto Interamericano da Criança, Comissão Interamericana das Mulheres, Instituto Pan-Americano de Geografia e História, Instituto Indigenista Americano e Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura.

³² BUERGENTHAL, Thomas. The Inter-American Court of Human Rights. *The American Journal of International Law*, v. 76, n. 2, 1982, p. 242.

É claro que existem exceções nos dois contextos contrapostos. No primeiro cenário, algumas opiniões consultivas também delimitaram sentidos da Convenção, como a OC-3/83 (pena de morte), OC-4/84 (naturalização) e OC-5/85 (associação não obrigatória).

No segundo cenário, por outro lado, também existem considerações sobre as engrenagens da Corte IDH, como OC-19/05 (legalidade de atos da CIDH) e OC-20/09 (utilização de juizes ad hoc). No entanto, como tendência amplamente predominante, é real a passagem de uma Corte IDH mais autocentrada na definição de suas próprias competências e nas atribuições do sistema interamericano nos anos 1980 para uma Corte mais interveniente de meados dos anos 1990 em diante.

É possível dizer, lendo essas características das opiniões consultivas a partir do pensamento de Pedro Nikken, que houve uma aposta num desenvolvimento progressivo das competências para só posteriormente ocorrer um desenvolvimento progressivo dos direitos. Vejamos as OCs em ordem cronológica.

A **OC-01/82** decidiu que a Corte pode ser consultada sobre qualquer dispositivo de direitos humanos em qualquer tratado internacional bilateral ou multilateral, independentemente de ser constituído sob o sistema interamericano ou de que Estados não americanos sejam Partes. Apenas por decisão motivada poderá deixar de exercer a jurisdição consultiva quando o pedido verse, essencialmente, sobre obrigações assumidas por um Estado não americano ou sobre a estrutura ou operação de órgãos internacionais fora do sistema interamericano, bem como quando dele resulte alteração ou enfraquecimento do sistema estabelecido pela CADH, em detrimento do indivíduo.³³

No primeiro eixo, a **OC-02/82** esclareceu o momento a partir da qual a Corte IDH é competente para julgar o Estado. Decidiu que a CADH entra em vigor, trazendo obrigações para os Estados que a ratificaram ou aderiram, com ou sem reservas, na data do depósito do instrumento de ratificação ou de adesão. A partir desse momento, o indivíduo desfrutará da proteção da jurisdição internacional, caso seus direitos humanos sejam violados. A própria Corte IDH observou, a propósito, que os tratados de direitos humanos, como a CADH, não são tratados multilaterais clássicos que buscam benefícios mútuos. Destacou que os tratados de direitos humanos almejam proteger seres humanos sob e para além da jurisdição do Estado.³⁴

A **OC-3/83**, solicitada pela CIDH, abordou as restrições à pena de morte, previstas no art. 4 da CADH. Após refutar objeções preliminares interpostas pela Guatemala, a Corte afirmou, unanimemente, que a CADH impõe uma proibição absoluta de ampliar as

³³ Para mais detalhes, cf. LEGALE, Siddharta; CAUSANILHAS, Tayara. **A Opinião Consultiva n. 01/82 da Corte IDH: Uma "Metaopinião"?** Disponível em: <https://nidh.com.br/a-opiniao-consultiva-n-1-82-da-corte-idh-uma-metaopinioao/>.

³⁴ Para uma reflexão mais detalhada, cf. BARRETTO, Rafael Zelesco. **A Opinião Consultiva n. 02/82 da Corte IDH: as reservas à Convenção Americana de Direitos Humanos.** Disponível: <https://nidh.com.br/a-opiniao-consultiva-n-02-82-da-corte-idh-as-reservas-a-convencao-americana-de-direitos-humanos/>.

hipóteses de aplicação da pena de morte para além dos casos já previstos na lei interna após a entrada em vigor da CADH. Mesmo que o Estado tenha feito uma reserva ao art. 4.4, isso não lhe confere o direito de aplicar penas de morte para crimes que ocorreram anteriormente à vigência da CADH. Trata-se de uma posição da Corte para estimular a abolição progressiva da pena de morte.

Na **OC-4/84**, Costa Rica solicitou uma opinião da Corte IDH sobre a compatibilidade com a CADH de uma proposta de emenda à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização. A Corte IDH decidiu que a proposta de emenda não afetava o direito à nacionalidade garantido pelo art. 20 da CADH, pois ela busca apenas restringir a concessão de naturalização, o que está dentro da atuação aceitável do Estado. Defende, unanimemente, que a simplificação da naturalização para centro-americanos, ibero-americanos e espanhóis também não indica discriminação e que dar esse tratamento preferencial apenas a indivíduos natos também não é discriminatório. Por fim, entende que o tratamento preferencial dado às esposas para fins de naturalização viola a igualdade e a não discriminação, sendo incompatível com os arts. 17 (4) e 24 da CADH.

A **OC-05/85**, solicitada pela Costa Rica, dispunha sobre a compatibilidade da sua lei doméstica que exigia a associação obrigatória para o exercício da profissão de jornalista com os arts. 13 e 29 da CADH. A Corte IDH entendeu que a obrigatoriedade viola o art. 13 da CADH, por impedir o pleno uso dos meios de comunicação, tanto na dimensão referente à liberdade de expressão, quanto na difusão da informação. A Lei Orgânica da Associação de Jornalistas da Costa Rica, portanto, é incompatível com o sistema interamericano.³⁵

Essa OC-5/85 é emblemática, porque a Corte IDH começa a tatear as suas competências materiais de forma menos inibida ao definir o conteúdo jurídico da liberdade de associação e de expressão contido na CADH, utilizando-se de uma interpretação a partir do *pro persona* como uma interpretação extensiva dos direitos humanos, que é um componente fundamental na argumentação do desenvolvimento progressivo.³⁶ A Corte IDH acaba por apresentar o germen da noção do controle de convencionalidade – ainda sem utilizar o termo. O pedido de verificação da compatibilidade da legislação da Costa Rica com a CADH partiu do próprio Estado, o que torna a acomodação dessa função consultiva, prevista no art. 64 da CADH, menos delicada e menos intrusiva à soberania, seja pela competência estar expressamente prevista na CADH, seja pela solicitação ter

³⁵ LEGALE, Siddharta; CAUSANILHAS, Tayara. **A Opinião Consultiva n. 05/85 da Corte IDH: dimensões e restrições da liberdade de expressão.** Disponível em : <https://nidh.com.br/oc5/>.

³⁶ LEGALE, Siddharta; CERQUEIRA, Cláudio. O papel do princípio *pro persona* na Corte Interamericana de Direitos Humanos: esse enigmático desconhecido. In: MENEZES, Wagner (org.). **Tribunais Internacionais: extensão e limites de sua jurisdição.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 412.

partido do próprio Estado. Contudo, ao observar a sua utilização na prática, verifica-se que, utilizando ou não o termo, realiza-se um controle de convencionalidade.

A **OC-6/86**, por sua vez, foi requisitada pelo Uruguai e dispõe sobre o alcance da expressão “lei” no artigo 30 da CADH, que versa sobre as restrições permitidas aos direitos humanos. Admitiu restrições a tais direitos, mas não a supressão destes. O governo uruguaio questionou se a exigência de “leis” para restrição de direitos deve ser interpretada em seu sentido formal, ou seja, apenas como aquela norma jurídica aprovada pelo Parlamento e promulgada pelo Poder Executivo. Em outras palavras, questionou se poderiam ser objeto de interpretação as leis no sentido material ou amplo, que abriguem outras espécies normativas do ordenamento jurídico, que não passaram por um processo legislativo. A Corte IDH decidiu que a expressão “leis” do artigo 30 da CADH designa norma jurídica de caráter geral, emanada dos órgãos legislativos democraticamente eleitos e elaborada segundo o procedimento estabelecido pelas Constituições dos Estados Partes para a formação de leis. Lei, portanto, não é qualquer ato normativo. A Corte IDH não invalidou, nessa oportunidade, uma lei estatal por uma restrição convencionalmente inválida. Apenas traçou os parâmetros a partir dos quais apreciará as restrições.

Na **OC-07/86**, a Corte IDH se autoconteve. Afirmou que seria necessária uma lei em sentido formal para restringir o direito de resposta, mas se recusou, apesar do pedido expresso da Costa Rica, a apreciar a forma como esse direito de resposta seria aplicado no direito interno, por ser uma questão a cargo de cada Estado. Portanto, essa OC, típica da década de 1980, revela uma postura comedida ou menos interveniente da Corte IDH. Mesmo com o Estado solicitando uma opinião sobre como regular o direito de resposta no plano interno, a Corte IDH não ingressou em um domínio próprio da atividade soberana do Estado de legislar. Apenas interpretou a CADH, em seu art. 30, que diz que lei para restringir direitos é lei em sentido formal, aprovada pelo Legislativo. Ao adotar essa postura, a Corte IDH delimitou o escopo do acesso do Estado à jurisdição consultiva e dos questionamentos sobre o sentido da CADH.

A **OC-08/87**, solicitada pela CIDH, versava sobre a suspensão do *Habeas Corpus* no caso de estado de exceção. A Corte IDH opinou pela impossibilidade de se realizar tal suspensão, por conta dos procedimentos jurídicos consagrados nos arts. 25.1 e 7.6 da CADH. O art. 27.2 prevê, inclusive, que as garantias judiciais indispensáveis para proteger direitos e liberdades não podem ser suspensas. A Corte esclareceu que o *habeas corpus* é essencial para verificar a legalidade da prisão e garantir o respeito ao direito à vida e à integridade física, consignou que garantias como essa não podem ser suspensas por atentar contra o princípio democrático. Quando se desvincula do exercício da democracia, a suspensão torna-se ilegítima e viola inclusive o art. 3 da Carta da OEA.

A **OC-09/87** dispôs sobre as garantias judiciais nos estados de emergência, previstas nos art. 27.2, 25 e 8 da CADH.³⁷ O Uruguai questionou qual seria o alcance da proibição de suspensão de garantias judiciais indispensáveis, determinado pela CADH, mais especificamente, se mesmo em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte a suspensão seria impossível. Pretendeu, com isso, definir quais são as indispensáveis garantias? A Corte IDH entendeu, seguindo a mesma linha da OC-8/87, que são procedimentos judiciais para garantir plenamente direitos e liberdades, tal como o habeas corpus. O art. 27.1 da CADH exige que os meios sejam idôneos para o controle das disposições no estado de emergência, que se adequem às necessidades da situação e não excedam aos limites da CADH. Enfatizou, ainda, que o art.1.1 prevê o dever de o Estado respeitar direitos e liberdades, assim como que haja um recurso efetivo e rápido a tribunais competentes nos termos do art. 25.1 para fazer valer os direitos assegurados tanto na Constituição nacional quanto na CADH.

A **OC-10/89**, por sua vez, foi solicitada pela Colômbia sobre a interpretação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADDH) de acordo com o artigo 64 da CADH.³⁸ A questão era se a Corte IDH poderia dar opinião consultiva sobre a interpretação da DADDH ou tomá-la por base, já que a Declaração não é um Tratado. Respondeu-se positivamente à questão a partir de três argumentos. Em primeiro lugar, o art. 29 da CADH faz referência expressa à DADDH. Em segundo, a DADDH contém e define direitos humanos essenciais mencionados pela Carta da OEA, razão pela qual não se pode desconsiderar pura e simplesmente as suas disposições. Em terceiro lugar, a DADDH, mesmo não sendo um tratado no sentido conferido pelas CVDT, constitui importante fonte de obrigações em razão da evolução costumeira do direito internacional contemporâneo. Portanto, a DADDH também é parâmetro de interpretação para a Corte IDH que tem competência para interpretá-la aos Estados.

As OCs do início dos anos 1990 continuam com um perfil semelhante. A OC-11/90, por exemplo, fixou uma compreensão material do esgotamento das instâncias internas, permitindo introduzir exceções. A OC-12/91 fixou a impossibilidade de acessar a Corte pela via consultiva quando o pedido de OC for um disfarçado caso contencioso. A OC-13/93, por exemplo, dispôs que a CIDH pode reconhecer violações à CADH, mas não à legislação interna a cada Estado.

³⁷ LEGALE, Siddharta; MARCOLINO, Danilo Sardinha. **As Opiniões Consultivas OC-08/87 e OC-09/87 da Corte IDH: a suspensão de habeas corpus e de outras garantias judiciais em estados de emergência.** Disponível em: <https://nidh.com.br/as-opinioes-consultivas-oc-08-87-e-oc-09-87-da-corte-idh-a-suspensao-de-habeas-corpus-e-de-outras-garantias-judiciais-em-estados-de-emergencia/>.

³⁸ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **A Opinião Consultiva nº 10 da Corte IDH: a força da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.** Disponível em: <https://nidh.com.br/a-opiniao-consultiva-n-10-da-corte-idh-a-forca-da-declaracao-americana-de-direitos-e-deveres-do-homem/>.

Vale notar que as OCs da Corte IDH até aqui acabam por dispor mais sobre as engrenagens da própria Corte IDH ou do sistema interamericano em geral do que sobre o conteúdo material de direitos para limitar condutas estatais. Há exceções, é claro, como as OCs 3 (pena de morte), 4 (naturalização) e 5 (associação dos jornalistas). Seja como for, esse processo de definição de suas competências não deixa de ser uma espécie de opção pelo desenvolvimento progressivo das OCs, que intensifica a função consultiva em detrimento da contenciosa em um momento de desabrochar da Corte IDH.

4 O ciclo de casos hondurenhos e a competência contenciosa da Corte IDH

O “ciclo de casos hondurenhos” é composto por três casos fundacionais do sistema interamericano de proteção de direitos humanos: Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), Fairén Garbi vs. Honduras (1989), Godínez Cruz vs. Honduras (1989). São casos envolvendo o desaparecimento forçado de pessoas.³⁹ O desaparecimento forçado possui, segundo a jurisprudência da Corte IDH, um caráter complexo, múltiplo, permanente, continuado e pluriofensivo aos direitos humanos, protegidos pela CADH, como a vida (art. 4), a liberdade pessoal (art.7), a integridade pessoal (art.5) e o reconhecimento da personalidade jurídica (art.3).

A noção de privação da liberdade aparece na jurisprudência da Corte IDH como privação ou “subtração da proteção da lei”.⁴⁰ No caso específico de Honduras, uma breve apresentação do contexto histórico ajuda a compreender melhor essa violação de direitos humanos que ocorre em diversos países da América Latina. A América Central passava por uma forte instabilidade política e social, tanto interna quanto externa, resultante das disputas de poder em um cenário de Guerra Fria.

Em 1982, uma nova Constituição foi promulgada, tentando reverter o cenário autoritário, embora a democracia tenha vindo com pautas neoliberais de diminuição do Estado e contenção de gastos. Roberto Suazo Córdova chega ao poder, tendo que lidar, de um lado, com os conflitos entre Guatemala e El Salvador e, de outro, com a “ajuda econômica” e a pressão norte-americana, que colocava Honduras em uma “posição precária”, como bem qualificou Thomas M. Leonard.⁴¹ Apenas em 1985, o governo conseguiu, por

³⁹ Há quem opte pela terminologia casos hondurenhos de desaparecimento. Cf. PASQUALUCCI, Jo M. **The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights**. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 7.

⁴⁰ Para uma abordagem mais ampla da jurisprudência sobre o tema, envolvendo diversos países, como Peru, Bolívia, Uruguai, Brasil, Paraguai, entre outros. Cf. NASH, Claudio; PORTO, Humberto A. Sierra. **Cuadernillo de Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 5: desaparición forzada**. São José: Corte IDH, 2015.

⁴¹ LEONARD, Thomas M. **The history of Honduras**. Denver: Greenwood, 2011, p. 157.

exemplo, expelir os “Contras” do Hospital e escritório que possuíam em Tegucigalpa, capital de Honduras.

O simples fato de os três primeiros casos serem do mesmo país já os tornaria interessantes por si só. Contudo, a unidade de sentido e a construção de significados relevantes sobre o desaparecimento forçado de pessoas os torna ainda mais relevantes, seja por dar início ao acesso à justiça internacional no sistema interamericano, seja para proteção de direitos humanos (vida, integridade física e liberdade) contra ditaduras, regimes autoritários que assolavam a América Latina e utilizavam essa prática nefasta de forma generalizada para difundir medo e controlar a população. Há trechos idênticos nesses relevantes *leading cases* a demonstrar a harmonia e unidade de sentido sobre o tema na jurisdição contenciosa da Corte IDH. Os casos são retratos de uma época, mas também o espelho de uma instituição em seu nascedouro.

Esses são alguns fatores que contribuíram para formar a unidade de sentido presente nessas decisões, a ponto de ser possível considerá-las um verdadeiro ciclo. Em primeiro lugar, todos os casos foram levados simultaneamente à Corte IDH pelo CIDH no dia 24 de abril de 1986.⁴² Em segundo, é verdade que as sentenças foram proferidas pela Corte IDH em diferentes datas entre 1988 e 1989. Contudo, a composição da Corte IDH foi essencialmente a mesma: a Presidência e a Vice-Presidência foram integradas ora por Thomas Buergenthal, ora por Rafael Nieto Navia,⁴³ assim como a composição como um todo possui magistrados com formas de pensar bem parecidas, como Rodolfo Piza Escalante, Pedro Nikken e Héctor Fix-Zamudio. Chegou a haver um voto dissidente no Caso Velásquez Rodríguez, mas, como será abordado, a discordância não foi substancial quanto ao mérito da decisão e envolveu uma importante questão, mas de caráter procedimental quanto ao papel da CIDH e das vítimas perante a Corte IDH.

4.1 O Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988)

O Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988)⁴⁴ foi submetido à jurisdição da Corte IDH no dia 24 de abril de 1986 pela CIDH. Envolveu a possível violação pelo Estado de Honduras do direito à vida (art. 4, CADH), à integridade pessoal (art. 5, CADH) e à liber-

⁴² André de Carvalho Ramos prefere tomar como referencial o protocolo do caso na CIDH, razão pela qual considera Fairen Garbi o primeiro caso da Corte IDH. No entanto, optou-se por começar pelo Caso Velásquez Rodríguez, por um lado, porque a sentença foi improcedente e, por outro, tendo em vista o fato de o Caso Velásquez Rodríguez ter sido recebido na Corte IDH na mesma data, bem como ter sido o primeiro caso de uma condenação do Estado na Corte IDH, sendo o caso com maior impacto na literatura especializada. Cf. RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 116.

⁴³ Em Velásquez Rodríguez, Buergenthal foi presidente e Navia foi vice. Em Godínez Cruz, nas exceções preliminares a dupla se manteve, mas na sentença a Presidência e Vice-Presidência passaram para Rafael Navia e Rodolfo Piza Escalante. No Caso Fairen Garbi, Navia foi presidente e Hector Gross Espiel foi vice.

⁴⁴ Todos os casos do ciclo hondurenho estão disponíveis em: <http://www.corteidh.or.cr/>.

dade pessoal (art.7, CADH) do senhor Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez. A sentença foi proferida em 29 de julho de 1988, sendo precedida de algumas medidas provisionais. Esse caso entrou para a história do sistema interamericano como a primeira sentença propriamente dita da Corte IDH e uma das mais importantes já proferidas devido ao fato de os parâmetros traçados permanecerem como padrão decisório em sua jurisprudência, como a noção de que nenhuma atividade do Estado pode se fundar sob o desprezo da dignidade humana.⁴⁵

Consta nos informes que Manfredo Velásquez Rodríguez foi detido de forma violenta, sem que houvesse ordem judicial, por pessoas ligadas ao governo, relacionadas à Direção Nacional de Investigação e a grupos de inteligência das Forças Armadas. Após a captura, de acordo com testemunhas, a vítima foi levada para uma cela na II Estação das Forças de Segurança Pública, em Tegucigalpa. Foi agredido, torturado e submetido a outras formas de tratamento desumano e degradante. O motivo estaria ligado a suposta prática de crimes políticos. As autoridades negaram todos os fatos, inclusive a sua detenção.⁴⁶

Estima-se que entre 1981 e 1984 desapareceram cerca de 130 pessoas devido às atuações clandestinas das Forças Armadas para perseguir pessoas consideradas “perigosas” para o Estado. A irmã de Manfredo, a senhora Zenaida Velásquez, concedeu seu depoimento como testemunha ocular do caso. Segundo ela, no dia 12 de setembro de 1981, Manfredo estava em um estacionamento de veículos no centro de Tegucigalpa, quando homens fortemente armados, vestidos de civis, usaram um carro sem placa para capturar o seu irmão.

A Corte IDH considerou provados os fatos apontados pela CIDH, bem como a responsabilidade do Estado de Honduras pela violação da CADH. Destacou o fato de que, apesar de não existir previsão expressa sobre a qualificação do delito de desaparecimento forçado, vem trabalhando de forma reiterada com seu enquadramento como um crime de lesa-humanidade, inclusive como destaca a Assembleia Geral da OEA na Resolução nº 666. Trata-se de um procedimento cruel constituindo uma detenção arbitrária, que viola o direito à segurança jurídica e à integridade física, nos termos da Resolução nº 742. Nesse ponto, destacou a existência de grupos de trabalho e resoluções no âmbito da ONU, notadamente na Comissão de Direitos Humanos, bem como no âmbito da OEA.

⁴⁵ Para uma análise da definição da dignidade humana, relacionada ao direito à vida como valor intrínseco do ser humano no Caso Velásquez Rodríguez, cf. LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel. Dignidade da pessoa humana e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 34, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/35764799/A_Dignidade_e_a_jurisprud%C3%Aancia_da_Corte_Interamericana_de_Direitos_Humanos_Revista_direitos_Humanos_e_justi%C3%A7a_QUALIS_A2_.

⁴⁶ Existe um documentário no YouTube, no canal UTUNAH, com depoimentos da família a respeito. Vale a pena conferir: **Manfredo Velásquez**: Yo que te quise tanto. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sXfs2KOZad8>.

Nos pontos resolutivos, a Corte IDH julgou improcedente a alegação do esgotamento dos recursos internos e declarou, por unanimidade, que o Estado de Honduras violou os deveres de respeito aos direitos (art. 1.1), à liberdade pessoal (art. 7º), à integridade pessoal (art. 5º) e à vida (art. 4º). Decidiu, ainda, por seis votos a um, que Honduras deve pagar indenização compensatória aos familiares da vítima a ser fixada pela Corte IDH, se não houver acordo entre o Estado e a CIDH. Posteriormente, decisão esclareceu o valor da indenização da pensão mais elevada para a viúva do Senhor Manfredo Velásquez Rodríguez e estabeleceu que o Estado deve providenciar um subsídio para educação de seus filhos, uma casa de uma família de classe média e uma indenização compensatória aos filhos e à cônjuge.

Em voto dissidente, o magistrado Piza Escalante argumentou que seu voto não é contrário ao mérito da sentença, aos fundamentos ou à participação da CIDH na negociação da indenização. Contudo, problematizou e divergiu da questão intitulada pela Corte IDH no ponto “partes do processo” em relação à CIDH. Em sua opinião, as únicas partes ativas do processo, em sentido substancial, são as vítimas e os seus representantes. A CIDH possuiria, em sua opinião, uma função meramente instrumental e imparcial, como uma espécie de Ministério Público do Sistema de Proteção Interamericano de Direitos Humanos. É uma parte *sui generis* a qual não caberia atuar como destinatária de qualquer direito material.

Vale destacar a importância do voto: trata-se da primeira tentativa institucionalizada de empoderar e ampliar o papel do indivíduo como sujeito no sistema interamericano perante a Corte IDH. O próprio magistrado enfatizou não caber negar o *status* de parte ativa às vítimas pelo simples fato de não poderem acessar diretamente a Corte IDH em função das regras da CADH. Destacou, pelo contrário, que essa negativa da condição de parte contraria uma gama de princípios da CADH. A autonomia processual das vítimas como partes do processo jamais pode ser suplantada pela atuação da CIDH, já que a sua função é meramente processual, funcionando de maneira auxiliar.

4.2 O Caso Godínez Cruz vs. Honduras (1989)

O Caso Godínez Cruz vs. Honduras (1989), por sua vez, foi levado à Corte IDH pela CIDH em 24 de abril, pedindo a condenação do Estado de Honduras por violar os artigos 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal) e 7º (direito à Liberdade Pessoal) da CADH, em face do senhor Saúl Godínez Cruz, que atuava como dirigente sindical e já havia participado de muitas greves. Na época do seu desaparecimento, segundo a sua esposa, ele estava se preparando para liderar uma nova greve.

Tudo indica que o senhor Godínez Cruz desapareceu no dia 22 de julho de 1982, depois de ter saído de casa em uma motocicleta às 6h20 da manhã rumo ao Instituto Prevocacional “Julia Zelaya”, em Monjarás de Choluteca, onde trabalhava como professor. Testemunhas afirmaram que Godínez Cruz foi abordado por uma pessoa vestida com uniforme militar e outras duas pessoas em vestes civis comuns. Após ser agredido e amarrado, ele foi jogado em um carro sem placa. Afirmaram, ainda, que a sua rotina vinha sendo vigiada alguns dias antes do seu desaparecimento.

Estimou-se que, de 1981 a 1984, desapareceram entre 140 e 150 pessoas, vítimas desse contexto de perseguição. Testemunhas relataram que havia um grupo chamado de “os quatorze”, comandado pelo major Adolfo Díaz, adstrito ao Estado Maior das Forças Armadas. Posteriormente, foram denominados de “os dez”, comandados pelo capitão Alexander Hernández e, finalmente, foi identificado um grupo especializado em sequestro, execução e controle ligado ao 316º Batalhão. Esses grupos atuavam disfarçados de civis em carros sem placa e com vidros polarizados. O motivo das perseguições se dava por razões ideológicas, políticas e sindicais.

A Corte IDH considerou não haver razões para desacreditar as alegações da CIDH atribuídas ao Governo de Honduras, como o desaparecimento de Saúl Godínez. Enfatizou, ainda, que provas circunstanciais, indícios e presunções podem ser utilizadas pelos tribunais internacionais, de modo menos formal do que pelos tribunais internos, para chegar a conclusões sobre os fatos levados a seu juízo. Enumerou algumas vítimas do desaparecimento que, geralmente, eram pessoas tidas como “perigosas” pelo Estado. As armas empregadas eram reservadas às autoridades militares e à polícia. Os veículos utilizados possuíam insulfilmagem no vidro, o que requer uma autorização especial. As pessoas foram levadas para locais secretos e ilegais de detenção. Os corpos foram enterrados em cemitérios clandestinos. As autoridades militares, policiais, governo ou Poder Judiciário se negavam ou eram incapazes de prevenir, investigar ou sancionar os fatos.

A Corte IDH reiterou que o desaparecimento significa uma “ruptura radical” com a CADH e implica um abandono dos valores que emanam da dignidade da pessoa humana e dos princípios do sistema interamericano. Após citar as resoluções da ONU e da OEA sobre o tema, registrou-se que a prática do desaparecimento importa o desconhecimento do dever do Estado de se organizar para respeitar direitos (art. 1.1) e violações aos direitos à vida (art. 4), à integridade (art. 5) e às garantias de liberdade (art. 7). Por si só, o desaparecimento forçado como prática sistemática cria um clima incompatível com as garantias dos direitos humanos e esvazia as normas mínimas de segurança, facilitando a impunidade dos corpos de segurança ao violarem tais direitos.

A Corte IDH julgou procedente, por isso a reparação por pagamento de justa indenização pelas consequências do ocorrido às partes lesionadas. Na sentença dedicada à reparação e às custas, o perfil menos interveniente da Corte IDH nos anos 1980 fica

evidente. A viúva, Enmidida Escoto Godínez, chegou a pedir que fosse determinada uma série de medidas ao Estado, como investigação dos 150 desaparecimentos, um ato público reconhecendo as violações aos direitos das vítimas, a obrigatoriedade de mover ações contra os responsáveis e a criação de um fundo para os pais e filhos dos desaparecidos. Contudo, a Corte IDH afirma que, segundo o artigo 63.1 da CADH, a violação aos direitos deve ser reparada mediante uma “indenização justa”. Por indenização justa, a Corte IDH entendeu apenas a indenização compensatória à cômputo, à filha e aos familiares. Entendeu inexistir a indenização com base na lógica “dos danos punitivos” no direito internacional como estratégia para desestimular o Estado a deixar de violar direitos humanos, embora houvesse pedidos expressos dos advogados nesse sentido.

4.3 O Caso Fairén Garbí vs. Honduras (1989)

O Caso Fairén Garbí vs. Honduras (1989), por fim, foi submetido à Corte IDH pela CIDH, sob o fundamento de que o Estado de Honduras violou os direitos à vida (art. 4), à integridade pessoal (art. 5), à liberdade pessoal (art. 7) da CADH de Francisco Fairén Garbí e de Yolanda Solís Corrales. O caso envolve o desaparecimento dos costarriquenhos Francisco Fairén Garbí – um estudante e empregado público – e Yolanda Solís Corrales – uma educadora. Ambos desapareceram em Honduras enquanto viajavam com destino ao México no dia 11 de dezembro de 1981.

A controvérsia sob julgamento envolveu, principalmente, o fato de Francisco e Yolanda terem ou não ingressado no território de Honduras, bem como se houve o crime de desaparecimento forçado de pessoas pelo Estado de Honduras. O Estado negou em diversas ocasiões que houvesse qualquer tipo de documento que comprovasse o ingresso das vítimas em seu território e, portanto, que tivesse ocorrido o crime de desaparecimento forçado. A CIDH, porém, arrolou testemunhas que afirmaram haver um quadro reiterado de pessoas que vinham sendo sequestradas e desaparecidas entre os anos de 1981 e 1984. Estimou-se que entre 100 e 150 pessoas desapareceram por conta de atividades relacionadas às entidades ligadas ao governo do Estado ou que atuavam com sua aquiescência.

No mérito, a Corte IDH considerou provado o ingresso no território de Honduras por conta de um talão com a assinatura de Fairén Garbí, relativo à entrada do veículo no país. Reconheceu a existência de um contexto de desaparecimentos forçados em Honduras. Esclareceu que o desaparecimento forçado ou involuntário constitui uma forma complexa de “violação múltipla e continuada de inúmeros” direitos humanos. Enfatizou a necessidade de enxergar os direitos humanos de maneira integral e o dever do Estado de protegê-los.

A Corte IDH, contudo, entendeu não ser possível imputar responsabilidade internacional ao Estado. Chegou a destacar que foi encontrado um cadáver em um sítio chamado “La Montañita”, em Honduras. De um lado, os familiares das vítimas salientaram que poderiam ser os restos mortais de Fairén Garbi, já que havia no local um histórico de vítimas encontradas em condições semelhantes. De outro, o Estado alegou que, em virtude do tempo transcorrido, não era mais possível proceder com a exumação do cadáver encontrado em La Montañita. A área inclusive havia sofrido deslizamentos naturais de terra, tornando impossível indicar o local exato onde foi sepultado.

Nos pontos resolutivos, a Corte IDH indeferiu a alegação de não esgotamento dos recursos internos. Declarou que o desaparecimento de Fairén Garbi e Yolanda Corrales no território não é suficiente para demonstrar que esse fato se deu por responsabilidade do Estado de Honduras.

4.4 Uma comparação entre os casos do ciclo hondurenho

Vale comparar as decisões presentes em Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz e Fairén Garbi. Percebe-se que o ciclo de casos hondurenhos revela uma Corte IDH mais comedida ou menos interveniente na jurisdição interna nessa época do que a postura adotada nas décadas seguintes, como será apresentado no próximo item, dedicado ao ciclo de casos peruanos. A despeito do discurso de proteção de direitos humanos, presente na fundamentação dos casos hondurenhos, constata-se uma forte dose de autocontenção nos pontos resolutivos e, principalmente, nas diferentes questões em que a opção foi decidir não decidindo.

No Caso Velásquez Rodríguez, por exemplo, a indenização foi, inicialmente, deixada a cargo de uma negociação entre as vítimas, o Estado e a CIDH. Isso é algo inimaginável para um magistrado que integre a Corte IDH nas décadas seguintes. O contraste dessa postura com a jurisprudência mais recente é evidente: a Corte se acostumou a condenar o Estado pelos ilícitos internacionais e a declarar a sua responsabilidade internacional, a exercer o controle de convencionalidade das leis, recomendar a modificação dessas leis ou até mesmo sugerir a modificação do entendimento das decisões de Cortes Constitucionais. Em relação ao Caso Loayza Tamayo vs. Peru (1997), isso fica evidente quando a Corte IDH determina de pronto, sentença, que o Peru adote medidas de restituição, pague a indenização de 167 mil dólares a título de compensação e realize outras formas de reparação, como reincorporar a senhora Maria Elena Loayza Tamayo ao serviço docente em instituições públicas.

No Caso Godínez Cruz, apesar dos pedidos de outras formas de indenização para além do aspecto material, como as de caráter punitivo e a investigação dos demais

casos de desaparecimento forçado, a Corte IDH se ateu às indenizações de natureza compensatória pelos danos materiais, lucros cessantes e custas com a ação para serem pagas à cónyuge, à filha e aos familiares. Essa foi a lógica para preencher o conceito de “indenização justa”, prevista no art. 63.1 da CADH. A visão de uma justiça mais formal passará por uma profunda transformação na década de 1990, quando se adotará uma visão mais substantiva de reparação integral dos danos.

A Corte IDH, nas décadas seguintes, reconheceu com naturalidade danos imateriais e determinou condenações para além de medidas pecuniárias. Determinou não só a obrigação de investigar e punir responsáveis pelas violações, como realizado no Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1989), mas diversas medidas que vão afastando cada vez mais a jurisdição da Corte IDH tanto do perfil da jurisdição clássica da Corte Internacional de Justiça, mesmo na época, quanto do perfil construído pela própria Corte IDH na década de 1980.

Se comparadas tais decisões em relação à jurisprudência da Corte IDH posterior à década de 1990, o ciclo de casos hondurenhos é perceptivelmente menos interveniente na soberania do Estado. A Corte IDH passará a atuar de forma bastante criativa nas décadas seguintes, ao construir os sentidos possíveis da “justa indenização”, prevista no art. 63.1 da CADH. No paradigmático Caso Aloeboete vs. Suriname (1993), por exemplo, a jurisdição deu início à mudança de perfil, ao determinar a adoção de indenizações pecuniárias e não pecuniárias que culminassem em uma restituição integral (*in integrum restitutio*), levando em conta o cenário anterior às violações, ou seja, o restabelecimento do *status quo ante*. No caso, determinou a indenização de cerca de 450 mil florins holandeses como reparação às pessoas ou herdeiros, a criação de uma Fundação para auxiliar a comunidade Saramaca, que teve seus direitos violados, bem como a reabertura da Escola Gujaba, dotando-a de pessoal docente e administrativo para que funcionasse permanentemente.

Essa expansão do reconhecimento das indenizações por danos causados pelo Estado com o mero pagamento de uma soma em dinheiro para obrigações concretas de fazer invocou como fundamento a possibilidade de se reconhecer danos morais tal como fixado pelos casos hondurenhos. Ocorre que uma observação mais atenta revela a criatividade judicial e a expansão da jurisdição da Corte IDH operada por um processo informal de interpretação do art. 63.1 da CADH.

O contraste com casos posteriores da Corte IDH, portanto, evidencia o perfil mais ativista das décadas de 1990 e 2000 em comparação ao estilo mais autocontido da década de 1980. Mesmo quando em anos mais recentes a Corte IDH tenha optado por tratar o descumprimento parcial como cumprimento parcial, afirmando reconhecer o esforço do Estado para estimular o cumprimento de suas decisões, ainda assim a jurisprudência revela-se bem mais interveniente na jurisdição interna e bem mais ativista na utilização

dos procedimentos e na efetivação dos direitos humanos do que essa “primeira Corte IDH”. A fundamentação para reconhecer a responsabilidade do Estado também se mostrou mais ativista.

De um lado, essa jurisprudência hondurenha lança as bases para a Convenção contra o Desaparecimento Forçado e, de outro, os casos posteriores fortalecem o combate a esse crime de lesa-humanidade, como é qualificado o desaparecimento forçado pelo preâmbulo da citada Convenção. O ciclo de casos hondurenhos é, por isso, representativo das violações de direitos humanos na época da Guerra Fria para além do âmbito local em Honduras e para além dos dilemas da América Central.

5 Apontamentos finais

A concepção teórica de Pedro Nikken revelou-se não apenas um bom guia para compreender a Corte IDH nos anos 1980, mas um arcabouço teórico bastante representativo da identidade dos magistrados, da jurisprudência e da maneira de enxergar a América Latina nesse momento.

De forma didática, foi possível colocar em quatro partes: (I) o contexto histórico da Corte IDH; (II) o papel das opiniões consultivas; (III) o conceito de direitos humanos; e (IV) o conceito de desenvolvimento progressivo, previsto no art. 26 da CADH e muito utilizado pela jurisprudência interamericana, o qual o magistrado foi o principal teórico a lapidar em seu clássico livro *A proteção internacional dos direitos humanos: seu desenvolvimento progressivo*.⁴⁷

Pedro Nikken compreende os direitos humanos de acordo com certo espírito da época. Define os direitos inerentes à pessoa humana, flertando com um jusnaturalismo que se contrapõe às barbáries cometidas na Segunda Guerra Mundial. Esses direitos são oponíveis aos Estados, mais especificamente ao Poder Público e, portanto, estariam fora do âmbito de discricionariedade destes. De forma mais precisa, existem, para ele, “direitos legais” e “direitos programa”. Os primeiros constituem imediatamente limites à ação estatal em decorrência da possibilidade de controles judiciais ou quase-judiciais. Já os direitos programas seriam controlados apenas por órgãos técnico-políticos a partir da situação socioeconômica do país.

Em seguida, coloca o desenvolvimento progressivo a partir dos seguintes elementos: (I) tornar mais precisos o alcance e o conteúdo dos direitos protegidos; (II) dotar de eficácia vinculante o dever do Estado de respeitá-los; e (III) criar instituições e mecanis-

⁴⁷ NIKKEN, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*. Madrid: Instituto Interamericano de derechos humanos, 1987.

mos com a finalidade de verificar o cumprimento das obrigações internacionais.⁴⁸ Essa é a base teórica que nos permite enxergar os motivos da opção pelo maior uso da função consultiva no período, assim como da fundamentação e decisão mais comedida no exercício da competência contenciosa.

Pedro Nikken contextualiza bem as afirmações das opiniões consultivas, de modo a reconhecer a natureza jurisdicional e vinculante destas, ou seja, adota uma concepção que fortalece a obrigatoriedade da função consultiva, já que elas poderão fundamentar em casos contenciosos a responsabilidade internacional. Na prática, porém, as primeiras opiniões consultivas envolvem predominantemente aspectos relacionados ao funcionamento do sistema interamericano.

Por exemplo, das primeiras, pelo menos estas sete estão centradas em questões relacionadas ao acesso, à eficácia e à competência formal da Corte: OC-1/82 (objeto da função consultiva), OC-2/82 (efeito das reservas à CADH), OC-6/86 (significado da expressão leis no art. 30 da CADH), OC-10/89 (a DADDH), OC-11/90 (esgotamento aos recursos internos), OC-12/91 (compatibilidade de projeto de lei com a CADH), OC-13/93 (atribuições da CIDH). Nessa fase da década de 1980 e início dos anos 1990, a Corte IDH parece centrada em montar as suas engrenagens e desenvolver progressivamente as suas competências.

Já no âmbito contencioso, verifica-se um “ciclo de casos hondurenhos” composto por três casos fundacionais do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), Fairén Garbí vs. Honduras (1989), Godínez Cruz vs. Honduras (1989). São casos envolvendo o desaparecimento forçado de pessoas.⁴⁹ O desaparecimento forçado possui um caráter complexo, múltiplo, permanente, continuado e pluriofensivo aos direitos humanos, protegidos pela CADH, como a vida (art. 4), a liberdade pessoal (art. 7), a integridade pessoal (art. 5) e o reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3).

A América Latina vivia uma instabilidade política generalizada, decorrente das ditaduras militares que se aparelharam por meio de práticas sistemáticas de detenções arbitrárias, execuções, torturas e desaparecimento. Diversas ditaduras militares na América Latina utilizaram o desaparecimento forçado para gerar medo e controlar a população. O “ciclo de casos hondurenhos”, por isso, é uma metonímia não só do que viriam a ser outros casos da própria Corte IDH na década de 1990 e 2000, mas se revelam muito representativos do que se vivia à época na América Latina.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 59.

⁴⁹ Há quem opte pela terminologia casos hondurenhos de desaparecimento. Cf. PASQUALUCCI, Jo M. **The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights**. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 7.

Referências

- BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **A Opinião Consultiva nº 10 da Corte IDH**: a força da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Disponível em: <https://nidh.com.br/a-opinio-consultiva-n-10-da-corte-idh-a-forca-da-declaracao-americana-de-direitos-e-deveres-do-homem/>.
- BOLFER, Sabrina Ribas. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. v. 1.
- BUERGENTHAL, Thomas. **Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-1.pdf>.
- _____. The Inter-American Court of Human Rights. **The American Journal of International Law**, v. 76, n. 2, 1982.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda. **The Inter-American Court of Human Rights**. New York: Oxford University Press, 2011.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: SBERJ, 1988.
- _____. **El Ejercicio de La Función Judicial Internacional**: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Belo Horizonte: Delrey, 2013.
- LEDESMA, Hector Faundez. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos**: aspectos institucionales y procesales. San Jose: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel. As mutações convencionais do acesso à justiça internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: VAL, Eduardo Manuel; BONILLA, Haideer Miranda (org.). **Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional**: judicialização, processo e sistemas de proteção I. Florianópolis: Conpedi, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c7yrg601/lcnv2140/Nm4OSIV1Hkq28X37.pdf>.
- _____. Dignidade da pessoa humana e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 34, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/35764799/A_Dignidade_e_a_jurisprud%C3%AAncia_da_Corte_Interamericana_de_Direitos_Humanos_Revista_direitos_Humanos_e_justi%C3%A7a_QUALIS_A2_.
- LEGALE, Siddharta; CERQUEIRA, Cláudio. O papel do princípio pro persona na Corte Interamericana de direitos humanos: esse enigmático desconhecido. *In*: MENEZES, Wagner (org.). **Tribunais Internacionais**: extensão e limites de sua jurisdição. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.
- LEGALE, Siddharta; CAUSANILHAS, Tayara. **A Opinião Consultiva n. 01/82 da Corte IDH**: Uma “Metaopinião”? Disponível em: <https://nidh.com.br/a-opinio-consultiva-n-1-82-da-corte-idh-uma-metaopinio/>.
- _____. **A Opinião Consultiva n. 05/85 da Corte IDH**: dimensões e restrições da liberdade de expressão Disponível em: <https://nidh.com.br/oc5/>.
- LEGALE, Siddharta; MARCOLINO, Danilo Sardinha. **As Opiniões Consultivas OC-08/87 e OC-09/87 da Corte IDH**: a suspensão de habeas corpus e de outras garantias judiciais em estados de emergência. Disponível em: <https://nidh.com.br/as-opinioes-consultivas-oc-08-87-e-oc-09-87-da-corte-idh-a-suspensao-de-habeas-corpus-e-de-outras-garantias-judiciais-em-estados-de-emergencia/>.
- LEONARD, Thomas M. **The history of Honduras**. Denver: Greenwood, 2011.
- MACHADO, Isabel Penido de Campos. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA, Roberto Luiz (org.). **Manual de Direito processual internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: Pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MENEZES, Wagner. **Tribunais internacionais**: jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013.

NASH, Claudio; PORTO, Humberto A. Sierra. **Cuadernillo de Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 5**: desaparición forzada. São José: Corte IDH, 2015.

NIKKEN, Pedro. **La proteccion internacional de los derechos humanos**: su desarrollo progresivo. Madrid: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987.

_____. El derecho internacional de los derechos humanos em el derecho interno. **Revista IIDH**, v. 57, p. 11-68, 2013.

_____. **La función consultiva de la Corte Interamericana de derechos humanos**. Disponível em: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/10.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2016.

_____. **La protección de los derechos humanos**: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>.

_____. **El concepto de derechos humanos**. Disponível em: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-concepto-de-derechos-humanos.pdf>.

PASQUALUCCI, Jo M. **The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights**. New York: Cambridge University Press, 2013.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 45, 2009. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_87.pdf.

_____. A Competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: MELLO, Cleyson de Moraes; MARTINS, Vanderlei. PEREIRA, João Eduardo de Alves. **O direito em movimento**. Juiz de Fora: Editar, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SALVIOLI, Fabián. **La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**: marco legal y desarrollo jurisprudencial. Homenaje y Reconocimiento a Antônio Cançado Trindade. Porto Alegre: Sergio Fabris; Brasília, 2004, p. 417-472. T. III.



MPF
Ministério Público Federal

ISBN 978-85-85257-46-0