



ALEXANDRE MORAIS DA ROSA
LUIZ MAGNO P. BASTOS JR

DIREITO CONSTITUCIONAL COMUM INTERAMERICANO E OS DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO





Copyright© 2017 by Alexandre Morais da Rosa e Luiz Magno Pinto Bastos Junior
Editor Responsável: Aline Gostinski
Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL:

Aldacy Rachid Coutinho (UFPR)	Alexandre Morais da Rosa (UFSC e UNIVALI)
Aline Gostinski (UFSC)	André Karam Trindade (IMED-RS)
Antônio Gavazzoni (UNOESC)	Augusto Jobim do Amaral (PUCRS)
Aury Lopes Jr. (PUCRS)	Claudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva (ESMESC)
Eduardo Lamy (UFSC)	Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (UFPR)
Juan Carlos Vezzulla (IMAP-PT)	Juarez Tavares (UERJ)
Julio Cesar Marcelino Jr. (UNISUL)	Luis Carlos Cancellier de Olivo (UFSC)
Marco Aurélio Marrafon (UERJ)	Márcio Staffen (IMED-RS)
Orlando Celso da Silva Neto (UFSC)	Paulo Marcio Cruz (UNIVALI)
Rubens R. R. Casara (IBMEC-RJ)	Rui Cunha Martins (Coimbra-PT)
Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino (IMED)	Thiago M. Minagé (UNESA/RJ)

FICHA CATALOGRÁFICA

D598 Direito constitucional comum interamericano e os direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro [recurso eletrônico] / Organizadores: Alexandre Morais da Rosa, Luiz Magno Pinto Bastos Junior. — Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

176 p.
Inclui bibliografias

ISBN E-book: 978-85-9477-130-8

1. Direito constitucional. 2. Direitos humanos. I. Rosa, Alexandre Morais da. II. Bastos Junior, Luiz Magno Pinto. III. Título.

CDD: 342

Bibliotecária: Yara Menegatti – CRB 14/488

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

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n° 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Empório do Direito Editora.



Todos os direitos desta edição reservados à Empório do Direito

Rua: Santa Luzia, 100 – sala 610 – CEP 88036-540 – Trindade – Florianópolis/SC
www.emporiiododireito.com.br – editora@emporiiododireito.com.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil



OBSERVATÓRIO DO
SISTEMA INTERAMERICANO
DE DIREITOS HUMANOS

DIREITO CONSTITUCIONAL COMUM INTERAMERICANO E OS DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Alexandre Morais da Rosa
Luiz Magno Pinto Bastos Junior



SUMÁRIO

DADOS DOS AUTORES..... 9

APRESENTAÇÃO 13

Alexandre Morais da Rosa / Luiz Magno Pinto Bastos Junior

CAPÍTULO 1

**IUS COMMUNE INTERAMERICANO. BREVÍSSIMAS NOTAS
SOBRE SU FUNDAMENTO, DEFINICIÓN Y FUNCIONES 19**

Paola Andrea Acosta Alvaredo

- 1 INTRODUCCIÓN 19
- 2 LA IDEA DE DIÁLOGO..... 20
- 3 LOS FACTORES QUE DAN LUGAR AL DIÁLOGO..... 21
- 4 LOS RESULTADOS DEL DIÁLOGO: LA RED JUDICIAL
INTERAMERICANA Y EL IUS COMMUNE INTERAME-
RICANO..... 26
- 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 30

CAPÍTULO 2

**PROPOSTAS DE COMPATIBILIZAÇÃO DA ORDEM JURÍDI-
CA BRASILEIRA ÀS DIRETRIZES DA CORTE INTERAMERI-
CANA DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DUPLO
GRAU DE JURISDIÇÃO..... 33**

Luiz Magno Pinto Bastos Junior / Rodrigo Miotto dos Santos

- 1 INTRODUÇÃO 33
- 2 A GARANTIA (E SUA NEGAÇÃO) DO “DUPLO GRAU
DE JURISDIÇÃO” NA ORDEM JURÍDICA INTERNA
BRASILEIRA 37
- 3 A DENSIFICAÇÃO DA GARANTIA AO “DUPLO GRAU
DE JURISDIÇÃO” NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 41
- 4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E
AS POSSIBILIDADES DE ADEQUAÇÃO DO
ORDENAMENTO PÁTRIO AOS TERMOS DA CONVENÇÃO .. 50
 - 4.1 Controle de Convencionalidade: conceito, histórico, fundamentos
e operacionalização..... 50
 - 4.2 Foro por prerrogativa de função e duplo grau de jurisdição:
elementos para uma compatibilização convencional..... 55
 - 4.2.1 Recurso de apelação para o Tribunal Superior Eleitoral, para o
Superior Tribunal de Justiça ou para o Supremo Tribunal Federal .. 56
 - 4.2.2 Recurso de apelação no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal .. 58

5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

CAPÍTULO 3

PLEITOS MAPUCHE: CONSTITUIÇÃO CHILENA ABERTA

AO DIREITO INTERNACIONAL?

Luiz Guilherme Arcaro Conci / Konstantin Gerber

1	INTRODUÇÃO	67
2	RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL	67
3	BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE E BLOCO DE CONVENCIONALIDADE	70
4	BREVE HISTÓRICO DA QUESTÃO AGRÁRIA MAPUCHE	71
5	MINORIAS NA CONSTITUIÇÃO DO CHILE: OS PLEITOS MAPUCHE	72
6	AS PENDENTES REFORMAS CONSTITUCIONAIS E O DILEMA CONSTITUINTE	73
7	PARÂMETROS INTERAMERICANOS PARA DIREITOS DOS POVOS ORIGINÁRIOS: TERRA COMUNAL E IDENTIDADE ÉTNICA	73
8	O CASO NORÍN CATRIMÁN Y OTROS (DIRIGENTES, MIEMBROS Y ACTIVISTAS DEL PUEBLO INDÍGENA MAPUCHE) VS. CHILE	74
9	REFERÊNCIAS	75
	9.1 BIBLIOGRÁFICA E DOCUMENTAL	
	9.2 FILMOGRAFIA	

CAPÍTULO 4

UM NÃO-DIREITO A MIGRAR: POLÍTICAS DOS ESTADOS

DE COMBATER FLUXOS MIGRATÓRIOS DENEGANDO

DIREITOS A REFUGIADOS

Danielle Annoni / David Fernando Santiago Villena Del Carpio

1	INTRODUÇÃO	77
2	A ERA DO TERROR: DE 2001 ATÉ 2016	79
3	O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS EM RISCO	85
4	A RESPONSABILIDADE DE PROTEGER E O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS	92
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	99
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	100

CAPÍTULO 5

CENSURA PRÉVIA E AS RESTRIÇÕES DA LIBERDADE DE

EXPRESSÃO À LUZ DO SISTEMA INTERAMERICANO DE

PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Jocélia Aparecida Lulek

1	INTRODUÇÃO	103
2	LIBERDADE DE EXPRESSÃO: DIREITO FUNDAMENTAL ABSOLUTO?	104
3	SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO	109
4	LIBERDADE DE EXPRESSÃO E AS RESTRIÇÕES DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS	113
5	CENSURA PRÉVIA E A EXCEÇÃO ADMITIDA PELA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS FUNDAMENTOS DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO “A ÚLTIMA TENTATIVA DE CRISTO (OLMEDO BUSTOS E OUTROS) VS. CHILE”	117
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	123
7	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	124

CAPÍTULO 6

AS LEIS DE ANISTIA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE

INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Alexandre Estefani

1	INTRODUÇÃO	127
2	JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: CONTORNOS E CONCEPÇÃO	128
3	AS LEIS DE ANISTIA NA VISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	131
	3.1 Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (1988)	131
	3.2 Caso Barrios Altos vs. Perú (2001)	133
	3.3 Caso Almonacid Arellano vs Chile (2006)	137
	3.4 Caso La Cantuta vs. Perú (2006)	143
	3.5 Caso Júlia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil (2011)	145
	3.6 Caso Gélman vs. Uruguai (2012)	149
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	151
5	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	152

CAPÍTULO 7

A CORTE INTERAMERICANA NAS DECISÕES DO

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O CASO DA ADPF N. 153

Antonio Shigueo Nakazima Junior

1	INTRODUÇÃO	155
2	O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	156
3	A COMISSÃO E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	161

4	A ADPF N. 153: A DISSONÂNCIA ENTRE A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA E OS VOTOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	167
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	174
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	176

DADOS DOS AUTORES

PAOLA ANDREA ACOSTA ALVAREDO

(Universidade Externado de Colombia)

Doutora em Direito Internacional e Relações Internacionais pelo Instituto Ortega y Gasset, Universidade Complutense de Madrid. Magister em Direito Público pela Universidad Externado de Colombia. Especialista em Direitos Humanos, Justiça Transicional e Processos de Democratização pela Universidad de Chile. Docente investigadora de tempo completo pela Universidad Externado de Colombia. Editora da Revista Derecho del Estado. Diretora do Grupo Latinoamericano sobre novas relações entre o direito internacional e o direito interno. Miembro da Rede Interamericana de Direitos Humanos, do Projeto Ius Constitutionale Commune na América Latina (Instituto Max Planck). Membro da Academia Colombiana de Direito Internacional. Miembro da Sociedade internacional de Direito Público. Miembro do Projeto REDIAL-IGLP, Harvard Law School. Contato: pulcat@yahoo.com

LUIZ MAGNO PINTO BASTOS JUNIOR

(Universidade do Vale do Itajaí)

Pós-doutor em Direitos Humanos (Centro de Direitos Humanos e Pluralismo Jurídico, McGill University, Canadá). Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor de Direito Constitucional, de Direitos Humanos e de Direito Eleitoral da Universidade do Vale do Itajaí (Graduação, Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica). Coordenador do Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Advogado publicista sócio do Escritório Menezes Niebuhr Advogados Associados. Contato: lmagno@univali.br; lmagno@mnadvocacia.com.br

RODRIGO MIOTO DOS SANTOS

(Universidade do Vale do Itajaí)

Mestre em Filosofia e Teoria do Direito pela UFSC. Graduação em Direito da UEL. Atualmente é professor do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Campi Kobrasol e Biguaçu. Professor nos cursos de

pós-graduação lato sensu da Escola do Ministério Público de Santa Catarina e em Direito Constitucional da Universidade do Vale do Itajaí. Coordenador do Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI

(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Faculdade de São Bernardo do Campo)

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 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). Advogado Consultor em São Paulo e Ex-Presidente da Coordenação do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Lidera o grupo de pesquisas em Direitos Fundamentais. Email: lgaconci@hotmail.com

KONSTANTIN GERBER

(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Doutorando)

Advogado Consultor em São Paulo, mestre e doutorando em filosofia do direito, PUC SP, onde integra o grupo de pesquisas em direitos fundamentais. Professor convidado do curso de especialização em direito constitucional. Email: k.gerber@uol.com.br

DANIELLE ANNONI

(Universidade Federal do Paraná)

Professora de Direito Internacional e Direitos Humanos na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutora em Direito Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina. Líder do Grupo de Estudos “Observatório de Direitos Humanos” e do Grupo de Estudos “Direitos Humanos nas Relações Internacionais”. Investigadora do projeto de pesquisa “Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil: Um Estudo dos Direitos Reconhecidos pelo Brasil aos Refugiados e como se dá o Acesso à Justiça em caso de Violação”, financiado pelo CNPq-MCTI/CNPq/Universal 14/2014.

Responsável pela Cátedra “Sérgio Vieira de Mello” na UFSC. Contacto: danielle.annoni@ufpr.br

DAVID FERNANDO SANTIAGO VILLENA DEL CARPIO

(Universidade Federal de Santa Catarina, Doutorando)

Doutorando e Mestre em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduado em Direito pela Universidade Católica San Pablo (Perú). Membro do Grupo de Estudos “Observatório de Direitos Humanos” e do Grupo de Estudos “Núcleo de Pesquisas e Extensão sobre as Organizações Internacionais e a promoção da Paz, dos Direitos Humanos e da Integração Regional–EIRENÈ”. Contato: fer.vdelc@gmail.com.

JOCÉLIA APARECIDA LULEK

(Universidade do Vale do Itajaí, Mestranda)

Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, Constituição e Jurisdição. Procuradora do Estado de Santa Catarina. Contato: joaplulek@gmail.com.

ALEXANDRE ESTEFANI

(Universidade do Vale do Itajaí, Mestre)

Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos, pela Escola Superior do Ministério Público/Univali. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Contato: alexandreestefani@yahoo.com.br

ANTONIO SHIGUEO NAKAZIMA JUNIOR

(Universidade do Vale do Itajaí, Mestrando)

Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Stricto Sensu da UNIVALI. Analista Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Contato: beansnakazima@gmail.com.

APRESENTAÇÃO

Alexandre Morais da Rosa

Luiz Magno Pinto Bastos Junior

O Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí criou a linha de pesquisa “Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos”, no âmbito de seu Grupo de Pesquisa intitulado “Direito, Constitucional e Jurisdição”, que tem como objetivo “monitorar e difundir as ações levadas a efeito no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em especial, as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (casos contenciosos, consultivos e de medidas provisionais) e das iniciativas educativas e de supervisão empreendidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.”

Essa iniciativa encontra-se intimamente conectada com suas áreas de concentração voltadas ao desenvolvimento do “Constitucionalismo e da Produção do Direito”, “Direito e Jurisdição” e os estudos de transnacionalidade com especial ênfase nos problemas concernentes à sustentabilidade.

No âmbito da Chamada Pública FAPESC n. 09/2015 (apoio a Grupos de Pesquisa nas instituições do Sistema ACADEMIA), foi aprovado o Projeto de Pesquisa intitulado “Direito constitucional comum interamericano e os desafios para a incorporação dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro” que tem como objetivo geral de “analisar de que forma a categoria de direito constitucional comum latinoamericano pode articular o dever de abertura e diálogo entre as ordens nacionais e interamericana no fortalecimento dos mecanismos de proteção dos direitos humanos no continente.”

Os trabalhos a serem desenvolvidos no âmbito desta iniciativa

envolvem um duplo esforço de acomodação, tanto de comprometimento dos órgãos domésticos de que realizem o dever de compatibilização da ordem interna aos padrões interamericanos (controle de convencionalidade), quanto de identificar os mecanismos (ou sua falta) por meio dos quais a Corte Interamericana de Direitos Humanos confira certa margem de deferência aos Estados no exercício de sua competência conformadora das obrigações internacionais (de margem de apreciação).

A obra que ora se apresenta representa o primeiro volume de estudos voltados à difusão das iniciativas desenvolvidas no âmbito desta iniciativa de pesquisa que visa a aproximação de pesquisadores (nacionais e internacionais) voltados ao desenvolvimento das duas perspectivas propostas nesta pesquisa: de conformação das instituições domésticas aos padrões interpretativos e de compreensão dos mecanismos do Sistema Interamericano de comunicação com as instâncias decisórias domésticas.

Esta obra, portanto, representa um ponto de partida para o desenvolvimento colaborativo da pesquisa em curso a ser desenvolvida no período de 2016-2017. Os textos ora apresentados podem ser reunidos em dois grupos distintos: o primeiro engloba trabalhos desenvolvidos pelos pesquisadores envolvidos na rede de colaboração recém-criada e fornecem pistas sobre os aportes teóricos adotados e os campos de aplicação com os quais eles estão envolvidos; já o segundo reúne artigos desenvolvidos por Mestrandos (e egresso) do Programa em Ciência Jurídica da Univali, como resultados parciais de suas pesquisas de Mestrado que foram apresentadas como artigos finais da disciplina Jurisdição Internacional ministrada no ano de 2016.

O artigo que abre a coletânea é da Professora **PAOLA ANDREA ACOSTA** da Universidad Externado de Colombia que, há algum tempo, tem se dedicado à investigação de diferentes nuances da interface entre o Direito Internacional e o direito doméstico (em especial, na Colômbia). Recentemente, a professora publicou uma obra seminal sobre a temática denominada “Diálogo judicial y

constitucionalismo multinível: el caso interamericano” (Universidad Externado de Colombia, 2015) e, a convite dos organizadores, preparou o artigo de abertura desta obra intitulado **“Ius commune interamericano: brevísimas notas sobre su fundamento, definición y funciones”** por meio do qual a pesquisadora fornece alguns subsídios teóricos a partir dos quais tem se construído a ideia de um direito comum interamericano que, a exemplo de sua contraparte europeia, permite o entrelaçamento das ordens jurídicas nacionais e internacional no que tange à proteção dos direitos humanos.

O segundo artigo, intitulado **“Propostas de compatibilização da ordem jurídica brasileira às diretrizes da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de duplo grau de jurisdição”**, para além de revelar a existência de um flagrante descompasso entre a ordem jurídica brasileira no tocante à implementação do regramento do duplo grau de jurisdição à garantia prevista no art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o artigo apresenta propostas por meio das quais os Tribunais Superiores brasileiros podem implementar as diretrizes emanadas da Corte Interamericana e compatibilizar o sistema recursal brasileiro no exercício do controle de convencionalidade. Os autores do artigo, Professores **LUIZ MAGNO PINTO BASTOS JUNIOR** e **RODRIGO MIOTO DOS SANTOS**, são os coordenadores do Grupo de Pesquisa e Extensão Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos envolvendo alunos de graduação e de pós-graduação da Universidade do Vale do Itajaí.

O terceiro artigo foi apresentado pelo Professor **LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI** e pelo Doutorando **KONSTANTIN GERBER**, ambos vinculados a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, possuem uma rica trajetória no fomento da discussão sobre os direitos humanos na América Latina e sobre a necessidade (desafios) de sua implementação pelas instâncias nacionais. No artigo enviado para essa coletânea intitulado **“Pleitos mapuche: constituição chilena aberta ao direito internacional?”**, à guisa de

um estudo introdutório e problematizante, os autores colocam em xeque o grau de abertura da Constituição chilena e das instituições nacionais à ordem internacional dos direitos humanos no que diz respeito ao reconhecimento de direitos das populações indígenas em seu território. Ao lançar o olhar sobre o descaso do país vizinho ao adequado tratamento no plano interno aos estandartes interamericanos, os autores acabam por provocar no leitor a mesma provocação (e mal-estar) em relação a forma como nós silenciámos quanto à questão indígena no país.

O quarto artigo intitulado **“Um não-direito a migrar: políticas dos Estados de combater fluxos migratórios denegando direitos a refugiados”** trata de uma das questões contemporâneas mais sensíveis que vem colocando em xeque todo o arcabouço teórico de comprometimento dos estados ocidentais com a proteção (e promoção) dos direitos humanos. Neste artigo, os autores propõem uma análise crítica sobre o estágio atual do regime internacional de refúgio, sobre as medidas adotadas pelos países (em especial europeus) em face do crescente fluxo migratório e sobre os desafios (e limites) associados à aplicação do direito de proteger no plano doméstico dos Estados. Os autores do artigo, Professora da Universidade Federal do Paraná **DANIELLE ANNONI** e o Doutorando **DAVID FERNANDO SANTIAGO VILLENA**, estão vinculados ao Observatório dos Direitos Humanos (UFSC/CNPq) e à Cátedra “Sérgio Vieira de Melo” (de estudos sobre os refugiados no Brasil) e a Professora passa a integrar a rede de pesquisa com o propósito de investigar a forma com que a Corte Interamericana incorpora em seus julgados os estandartes do Direito Internacional dos Refugiados (e do ACNUR) conferindo balizamentos para o adequado tratamento a ser dado à mobilidade humana nas Américas.

O quinto artigo (e o primeiro produzido pelos Mestrados do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica) é o da Procuradora do Estado **JOCÉLIA APARECIDA LULEK** e tem como título **“Censura prévia e as restrições da Liberdade de Expressão à**

luz do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos”. Neste artigo, a Mestranda trata de um tema que é considerado pelos órgãos de supervisão dos direitos humanos nas Américas como vital ao desenvolvimento das instituições democráticas, qual seja, o direito à liberdade expressão e a radical proteção conferida pela Convenção aos indivíduos, aos meios de comunicação e a sociedade em seu conjunto contra a prática da censura prévia. Ao discutir a forma como a Corte interpreta as medidas excepcionais de restrição ao exercício da liberdade, a Mestranda traz à tona um tema que se refere muito sensível para nós, em especial, em períodos de grave crise institucional e de aumento e difusão de diferentes práticas de intolerância e de discursos de ódio.

Os últimos dois artigos abordam o problema referente às Leis de Anistia adotadas como estratégia política no Continente para a promoção de processos de transição democrática, em especial, após os regimes ditatoriais que dominaram a região nas décadas de 70-90.

No sexto artigo intitulado **“As Leis de Anistia na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”**, o Promotor de Justiça **ALEXANDRE ESTEFANI**, agora Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI, analisa a evolução da jurisprudência da Corte Interamericana quanto ao reconhecimento da inconveniência das Leis de Anistia que importaram no esquecimento e não-responsabilização dos agentes estatais que teriam cometido graves crimes contra os direitos humanos durante os regimes autoritários vivenciados em seus países. Através deste trabalho, o autor pretende chamar a atenção para dois aspectos muito relevantes destes julgados: os seus fundamentos de legitimidade e sua pretensão de vinculatividade em face dos países que integram o Sistema.

O sétimo artigo do Mestrando **ANTONIO SHIGUEO NAKAZIMA JR** aborda a recalcitrância do Supremo Tribunal Federal em enfrentar o debate travado no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no que toca às Leis de Anistia. No artigo intitulado **“A Corte Interamericana nas decisões do Supremo**

Tribunal Federal: o caso da ADPF n. 153”, o autor analisa de forma detida os votos proferidos pelos integrantes da Corte Suprema brasileira, em especial, os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, chamando a atenção para a existência de um silêncio eloquente e/ou uma mal-compreensão sobre o papel a ser desempenhado pelo *corpus iuris interamericano* e pela própria Corte Interamericana na compreensão do conjunto de direitos a ser tomado em conta pelos tribunais nacionais, notadamente, aquela que se pretende ser a guardiã da Constituição.

Os diferentes textos reunidos nesta coletânea refletem uma preocupação compartilhada de que esse tempo de crise econômica e crise das instituições republicanas representam uma forte ameaça à trajetória de ampliação e de proteção de direitos humanos. É tempo de resistir e de se entrincheirar em prol da defesa intransigente das liberdades democráticas e na emancipação dos povos. É tempo de unir esforços e de propagar a necessidade de que as vozes se unam em torno da proteção do(s) outro(s) em toda a sua dignidade.

Excelente leitura a todos.

Capítulo 1

IUS COMMUNE INTERAMERICANO. BREVÍSIMAS NOTAS SOBRE SU FUNDAMENTO, DEFINICIÓN Y FUNCIONES

Paola Andrea Acosta Alvaredo¹

1 INTRODUCCIÓN

En el marco de los profundos cambios que han experimentado tanto el derecho internacional como el derecho constitucional resulta cada vez más evidente la interacción e interdependencia de estos dos ordenamientos. Este vínculo estrecho es particularmente relevante en el campo de los derechos humanos donde gracias a la creciente interacción de los jueces nacionales e internacionales hoy se puede hablar no sólo de sistemas nacionales o internacionales de protección, sino de modelos multinivel de tutela (Derecho Internacional de los Derechos Humanos).

Tal realidad es particularmente evidente en nuestra región. Desde nuestro punto de vista en Latinoamérica existe un contexto, un conjunto de normas y unas herramientas jurisprudenciales que, vistos como un todo, han servido para desarrollar un diálogo judicial que permite la construcción de una red judicial interamericana que tiene como uno de sus principales resultados la configuración de un *ius commune* interamericano o como lo denomina el profesor Armin von Bogdandy y los miembros del proyecto ICCAL (Ius Constitutionale commune en América Latina), un *ius constitutionale commune*. A renglón seguido hablaremos de la idea de diálogo (2), de

¹ Las ideas presentadas en este texto hacen parte de una investigación más amplia publicada por la autora en el libro “Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano”.

los factores que permiten su desarrollo (3) y del *ius commune* como resultado del mismo (4).

2 LA IDEA DE DIÁLOGO

En los años recientes la idea del diálogo judicial ha adquirido mucha fuerza, toda vez que se trata de un fenómeno generalizado producto de la creciente judicialización del derecho internacional y de la marcada interdependencia de los diversos ordenamientos que conforman el actual escenario jurídico global. Pese a los diversos estudios sobre este asunto, el uso del concepto de diálogo está aún lejos de ser uniforme. Por ello, al referirnos al diálogo judicial interamericano, primero debemos aclarar qué entendemos por tal. Para tal efecto, nos serviremos de la definición de Rafael Bustos (2012), quien entiende el diálogo como

(...) la comunicación entre tribunales derivada de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho.

En otras palabras, el diálogo es el proceso comunicativo que surge de la necesidad de articulación con miras a la conquista de un objetivo común. Así, habrá diálogo cuando los jueces, partiendo de un marco normativo común cuya efectividad requiere de su articulación, reconocen en su homólogo un interlocutor válido cuyo trabajo aparece como una herramienta indispensable para el quehacer propio. En este contexto, la recepción de jurisprudencia con rango de autoridad también es comprendida como diálogo (NOGUEIRA ALCALÁ, 2011, pp. 23-24).

Atendiendo a este marco teórico, podemos decir que la creciente interacción entre el juez interamericano y los jueces constitucionales puede ser catalogada como un diálogo de naturaleza formal y vertical (NOGUEIRA ALCALÁ, 2011, p. 24), esto es, un uso mutuo de la jurisprudencia como resultado de la plena convicción que tienen tanto los jueces nacionales como el juez regional de que existe un objetivo

compartido –la protección de los derechos humanos– y un marco jurídico de referencia común –la CADH– que los obliga a articularse.

Esta definición nos permite diferenciar el diálogo de la mera migración de ideas o de los ejercicios de derecho comparado. Para nosotros, el diálogo es mandatorio y su obligatoriedad se desprende de las normas tanto interamericanas como constitucionales.

3 LOS FACTORES QUE DAN LUGAR AL DIÁLOGO

Desde nuestro punto de vista, en Latinoamérica existen tres factores fundamentales que dan lugar al diálogo judicial en los términos acá definidos, estos son: el contexto jurídico, el marco normativo y las herramientas jurisprudenciales.

En cuanto al contexto, podemos decir que el proceso de humanización experimentado por el derecho internacional y las recientes transformaciones constitucionales en la región crean el escenario perfecto para la interacción entre los jueces. Primero, ambos ordenamientos asumen la protección de los derechos humanos como uno de sus objetivos básicos; segundo, ambos reconocen el importante papel de los jueces en relación con tal protección y, finalmente, ambos resaltan la importancia de su interacción para perfeccionar esa tutela. Es dentro de este contexto que surgen las normas que permite el diálogo.

En una mano tenemos las normas interamericanas, así el principio de subsidiariedad, referido en el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las obligaciones generales de respeto, garantía y adaptación, las reglas sobre interpretación, el derecho de acceso a la justicia, la cláusula sobre reparación integral y las cláusulas sobre el cumplimiento y la fuerza vinculante de las sentencias².

En la otra, todas las cláusulas de apertura del derecho constitucional al derecho internacional (incorporación, jerarquía³,

2 Cf. Convención Americana sobre derechos humanos, Preámbulo, artículos 1.1, 2, 8, 25, 29, 63, 68.

3 Así, tenemos aquellos ordenamientos cuya constitución dice que estos instrumentos prevale-

remisión⁴) y sus cláusulas de articulación (interpretación conforme⁵ y cumplimiento⁶). Todas estas normas dan lugar a las herramientas jurisprudenciales que facilitan el diálogo, entre ellas las más importantes, la interpretación conforme y el control de convencionalidad.

Estas normas deben comprenderse como un todo, un conjunto normativo que permite el diálogo entre los jueces de ambos niveles de protección. Así pues, los jueces nacionales se sirven del derecho internacional de los derechos humanos como norma constitucional

cerán en el ordenamiento interno: Constitución de la República de Bolivia (art. 13); Constitución de Guatemala (art. 46); Constitución de Colombia (art. 93). También, aquellos casos en los que la constitución explícitamente concede rango constitucional a los tratados de derechos humanos: Constitución de Argentina (art. 75); Constitución de República Dominicana (art. 74); Constitución de República Dominicana (art. 74); Constitución de Venezuela (art. 23); Constitución de Brasil (art. 5, parág. 3°). Además, están aquellos eventos en los que los ordenamientos reconocen que el DIDH tiene un estatus inferior al constitucional pero superior al legal: Constitución de Costa Rica (art. 7); Constitución del Salvador (art. 144); Constitución de Honduras (art. 16); Constitución de Paraguay (art. 137). Finalmente, están aquellos ordenamientos cuyas constituciones omiten toda referencia al rango normativo de los tratados internacionales pero cuya jurisprudencia les ha reconocido bien sea un estatus constitucional o supra-legal: Así, Chile, Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay. En todo caso la jurisprudencia constitucional de estos países ha subsanado este vacío normativo señalando que las normas internacionales de derechos humanos tienen o bien jerarquía constitucional o bien jerarquía supralegal o que ellas sirven para interpretar o completar las garantías constitucionales. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. González Sáez c/ INP, (2006), Corte Suprema de Chile. Wilfredo Antilef Sanhueza con Juez Titular Primer Juzgado del Trabajo San Miguel (2005), Corte Suprema. Hugo Iturrieta Núñez con Juez Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (2005) Perú [STC Exp. N.º 10063-2006-PA/TC, S, f. j. 22]

- 4 Constitución de la República de Argentina (art. 33); Constitución de la República de Bolivia (art. 13); Constitución de la República de Bolivia (art. 13); Constitución de la República Federativa de Brasil (art. 5º, parág. 2º); Constitución de la República de Chile (art. 5); Constitución de la República de Colombia (art. 94); Constitución de la República de Costa Rica (art. 74); Constitución de la República del Ecuador (art. 11.3); Constitución de la República del Salvador (art. 52); Constitución de la República de Guatemala (art. 44); Constitución de la República de Honduras (art. 63); Constitución de los Estados Unidos mexicanos (art. 10); Constitución de la República de Nicaragua (art. 46); Constitución de la República de Panamá (art. 17); Constitución de la República del Paraguay (art. 45); Constitución de la República del Perú (art. 3); Constitución de la República del Uruguay (art. 72); Constitución de la República bolivariana de Venezuela (art. 22).
- 5 Constitución de la República de Colombia (art. 93); Constitución de la República del Perú (Cuarta disposición final y transitoria); Constitución de los Estados Unidos mexicanos (art. 1.2); Constitución de la República dominicana (art. 74.4); Constitución de la República del Ecuador (Art. 172); Constitución de la República de Costa Rica (art. 48); Constitución de los Estados Unidos mexicanos (art. 103).
- 6 Así por ejemplo, El artículo 93 de la constitución ecuatoriana, el artículo 15 de la constitución hondureña. En el caso colombiano, peruano y mexicano las normas útiles al cumplimiento de sentencias internacionales en materia de derechos humanos son de rango legal. Así la ley 288 de 1996 en Colombia, La ley federal de responsabilidad patrimonial del Estado, DOF 31/12/2004 y la ley sobre celebración de tratados, DOF 2/01/1992 en México y el Código Procesal Constitucional de 2004 (art. 115), así como la ley 27.775, publicada el 7 de julio de 2002 en Perú. En Costa Rica, la norma sobre este asunto está prevista en el Acuerdo de sede entre Costa Rica y la CorteIDH, 10 de septiembre de 1981.

o supra-legal si su ordenamiento se los permite⁷, pero en caso de que no existan normas constitucionales al respecto, los funcionarios judiciales pueden alegar que dicha instrumentalización se justifica, en las cláusulas de remisión, en las normas sobre interpretación conforme o en el cumplimiento de un compromiso internacional de garantía o adaptación⁸ y/o en la interpretación *pro personae* que están obligados a perseguir⁹. En consecuencia, bien sea por mandato constitucional o en virtud de una obligación internacional¹⁰, el juez local se encuentra compelido a proyectar su trabajo bajo la luz de las normas regionales; no se trata de una mera cuestión de deferencia sino del estricto cumplimiento de un deber jurídico. Ahora bien, el diálogo implica reciprocidad. En el escenario regional el juez interamericano, tiene en cuenta las normas y la jurisprudencia nacional si ello es necesario para asegurar la interpretación favorable requerida en el artículo 29 CADH, para determinar la existencia y alcance de una violación, para evaluar la efectividad de los recursos nacionales y así decidir si puede o no actuar como mecanismo subsidiario de protección o para evaluar el cumplimiento de sus órdenes¹¹.

De este marco normativo se desprende, además, las herramientas

- 7 Corte Constitucional de Perú. Caso Arturo Castillo Chirinos, Exp. N.º 2730-2006-PA/TC, Julio 21 2006. para. 14. En la misma línea, el uso del derecho internacional por los jueces nacionales es hecho gracias a las cláusulas complementarias. Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Expdt. 1665, Marzo 13 2003; Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Sala Constitucional, Sentencia No. 59, Mayo 7 2004 y Sentencia No. 103 Noviembre 8 2008; Corte Suprema de Justicia de Panamá, Expdt. 794-07, Agosto 21 2008.
- 8 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-251. Mayo 28 1997
- 9 Corte Suprema de Justicia de Panamá, Expdt. 794-07, Agosto 21 2008. Corte Constitucional de Bolivia. Expediente No. 2006-13381-27-RAC, apartado III.3. Corte Constitucional de Perú. Expediente No. 2730-2006-PA/TC Julio 21 2006
- 10 Es importante señalar que los jueces han entendido que la justificación de este diálogo es la suma de todas o algunas normas nacionales e internacionales. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-370, Mayo 18 2006
- 11 “De la lectura de la jurisprudencia interamericana se puede apreciar que el uso de la jurisprudencia nacional por parte del juez regional es cada día más común y se da en atención a cuatro supuestos diferentes. En primer lugar, el juez interamericano considera el trabajo del juez nacional cuando éste ha dado lugar a las violaciones que hacen responsable a los Estados; en segundo lugar, la CorteIDH se refiere a la jurisprudencia nacional para resaltar su aporte a la hora de esclarecer o enfrentar una violación; en tercer lugar, el trabajo del juez nacional es importante en el escenario interamericano cuando sirve como refuerzo de las ideas del juez regional; finalmente, la jurisprudencia nacional sirve como herramienta para la puntualización y ampliación del contenido de los derechos protegidos por el ordenamiento interamericano. Sobre este asunto y la lista de casos que dan cuenta de esto ver”. (Acosta Alvarado, 2015).

jurisprudenciales que sirven para desarrollar el diálogo: la interpretación conforme y el control de convencionalidad. En el campo de los derechos humanos la figura de la interpretación conforme hace alusión al ejercicio hermenéutico exigido a todos los operadores jurídicos con base en el cuál las normas de derechos humanos deben interpretarse a la luz de las obligaciones internacionales. Por su parte, y pese a lo ambigua que ha sido la jurisprudência (CASTILLA, 2013), podemos definir el control de convencionalidad radicado en cabeza de los jueces nacionales como la tarea de supervisión y adecuación que todos los miembros de la judicatura deben ejercer con ocasión de los mandatos previstos en los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH y en virtud del cual ha de asegurarse la compatibilidad de las normas nacionales con los mandatos interamericanos. Como resultado del ejercicio de este control el funcionario validará, condicionará o invalidará la norma nacional en cuestión (GARCÍA RAMIREZ, 2011, p. 128).

Estas herramientas judiciales permiten la interacción de los jueces. Así, los funcionarios judiciales nacionales se encuentran obligados, siempre, a procurar la interpretación más favorable a los derechos humanos (interpretación conforme, bien sea en virtud de una cláusula constitucional que así lo disponga o de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH) tomando en cuenta el contenido de las normas interamericanas establecido de acuerdo con la jurisprudencia del juez regional. En caso de no lograr esa interpretación y, según sus propias competencias, deberán bien abstenerse de usar la norma bien expulsarla del ordenamiento jurídico (control de constitucionalidad/convencionalidad). Se trata, en todo caso, de ejercicios de armonización que, con efectos diferentes, procuran la protección efectiva de los derechos humanos. En aquellos escenarios en los que las normas interamericanas han adquirido un rango constitucional o suprallegal, el bloque de convencionalidad se subsume en el bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, el ejercicio de todo control de constitucionalidad, resulta ser, a su vez, un ejercicio de control de convencionalidad (o viceversa)¹². En

12 CIDH (Supervisión de cumplimiento) 20 de Marzo 2013 Gelman v. Uruguay, Resolución de

los eventos en que dicha incorporación no se ha dado, los mandatos interamericanos que obligan a la ejecución del control de convencionalidad determinan el ejercicio y los perfiles de dicho control. En caso tal de que los jueces nacionales fallen en su labor, le corresponderá al juez regional asumir la tarea de control teniendo en cuenta el trabajo adelantado por su homólogo nacional.

Así pues, bien sea por mandato nacional o internacional el funcionario judicial está llamado a efectuar un ejercicio de armonización o como lo denomina Espósito “una interpretación constitucional del derecho internacional” (ESPÓSITO, 2011, p. 134) ya sea que este termine o no en la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico. La eficacia y los alcances de dicho proceso de armonización están determinados por las normas de jerarquía e interpretación, así como por el marco sobre la estructura y las competencias de la judicatura nacional; y su éxito determina, a la vez, la garantía de un recurso efectivo y, por lo tanto, del derecho de acceso a la justicia, lo que en última instancia, condiciona la activación del mecanismo regional. Si el asunto llega al escenario regional, de acuerdo con la Convención y según la etapa del proceso, el juez interamericano deberá tener en cuenta el trabajo del juez nacional para decidir si activa su competencia, para determinar la existencia de la violación o para supervisar el cumplimiento de sus órdenes. En todo caso, en el marco de estos ejercicios de adaptación hermenéutica cuyo objetivo principal es asegurar el efecto útil (art. 29 CADH) de las normas –constitucionales e internacionales– de protección, los jueces interamericanos, como parte de la cadena de salvaguarda, también deben hacer un ejercicio de ponderación que garantice la interpretación más favorable, aun cuando ello signifique servirse de las interpretaciones de los jueces nacionales¹³

Supervisión de Cumplimiento de sentencia, 20 de Marzo de 2013, para. 88

13 Piénsese por ejemplo, en el uso de la jurisprudencia nacional por parte del juez interamericano para ampliar los alcances de los artículos 21 y 22 de la Convención con miras a proteger la propiedad colectiva de las comunidades indígenas o a la población desplazada por la violencia, respectivamente.

4 LOS RESULTADOS DEL DIÁLOGO: LA RED JUDICIAL INTERAMERICANA Y EL *IUS COMMUNE* INTERAMERICANO

Desde nuestro punto de vista, el diálogo que acabamos de describir ha dado lugar a la construcción de una red judicial, cuyo eje central es la CorteIDH (quien asume el perfil de un tribunal constitucional), gracias a la cual se puede hablar de la existencia de un *ius commune* interamericano.

Entendemos por red aquel conjunto de herramientas, instituciones o personas relacionadas u organizadas, formal o informalmente, para la consecución de un determinado fin u objetivo común¹⁴. En este orden de ideas, la red judicial¹⁵ está conformada por los funcionarios investidos con la función de administrar justicia, bien sea a nivel regional o nacional, y cuya competencia principal es la protección de los derechos humanos; estos son la CorteIDH y los jueces constitucionales a nivel nacional. Los miembros de esta red se relacionan a través del ejercicio del diálogo formal e informal. El primero, del cual nos hemos ocupado en este trabajo, encuentra fundamento en las normas constitucionales y regionales que obligan al juez a adelantar un ejercicio de armonización. El segundo se adelanta en escenarios no jurídicos y existe como consecuencia del reconocimiento que los propios jueces, la academia y la sociedad civil en general, hacen de la importancia y necesidad de compartir y usar cierto tipo de informa-

14 “*Networks* are a well-established part of the social sciences vernacular. Tanja Börzel has offered the following general definition: ‘a set of relatively stable relationships which are of non-hierarchical and interdependent nature linking a variety of actors, who share common interests with regard to a policy and who exchange resources to pursue these shared interests, acknowledging that cooperation is the best way to achieve common goals’. For social scientists, networks are employed as an analytical tool to describe why and how cooperation or interaction between various actors takes place”. (CLAES; DE VISSER, 2012, p 101). En derecho internacional la idea de red llega de la mano de Slaughter quien promueve la idea de que “the government networks are the key feature of World order”. En este contexto, según la autora existen tres tipos de redes según su función (*enforcement, information, harmonization*) y su articulación pretende lograr la cooperación, la convergencia y el cumplimiento del derecho internacional. Lo q Slaughter llama comunidad global de cortes y Martínez sistema judicial nosotros lo llamamos red. Todas estas ‘figuras’ buscan explicar el mismo fenómeno. (SLAUGHTER, 2004).

15 Sirviéndose de su concepto de red, Slaughter acompañada por Helfer, han estudiado el trabajo de los jueces y han propuesto la idea de una comunidad global de jueces y de una comunidad legal global. (HELPER; SLAUGHTER, 1997).

ción para cumplir la tarea de protección.

Esta red de protección puede ser caracterizada como una red multinivel¹⁶ y constitucional¹⁷. Esto es como una red articulada en varios niveles entre los cuáles no hay una relación de jerarquía (ACOSTA ALVAREDO, 2015), a través de la cual se ejercen funciones constitucionales y cuyo objetivo principal es la armonización de los ordenamientos jurídicos para asegurar la protección efectiva de los individuos.

La idea de red que planteamos se asemeja a la imagen de una telaraña: en ella hay interacciones verticales –entre el juez regional y el juez constitucional- y relaciones horizontales –entre los jueces constitucionales de diversos países -. En este trabajo nos hemos ocupado tan sólo del eje vertical de la red y de su construcción a través del diálogo formal al que da lugar la lectura conjunta de las normas interamericanas y constitucionales. En esta arácnida imagen de la red, el primero de los niveles de protección está en los jueces nacionales¹⁸. No obstante, la piedra angular de la telaraña es la CorteIDH, la cual funge como faro de la función judicial de protección en Latinoamérica. Justamente este papel articulador del tribunal regional nos hace pensar

16 Esto es, una red articulada entre varios niveles cuya coordinación no se da en términos jerárquicos o de unificación sino de cooperación. Esta idea la extraemos de los promotores del constitucionalismo multinivel, entre quienes se cuentan, Neil Walker (2009), Ingolf Pernice (1999) e Ralf Kanitz (2004). En el escenario latinoamericano Víctor Bazán (2012) hace alusión a la existencia del diálogo interjudicial, así como a la idea de protección multinivel erigida sobre la premisa de que existe un objetivo convergente y gracias al uso de la hermenéutica *pro persona*.

17 La idea de una red constitucional ha sido promovida, entre otros, por Anne Peters. Una red constitucional permite el ejercicio de funciones constitucionales y la consecución de objetivos constitucionales más allá del Estado gracias a la articulación de diferentes actores en varios niveles. Peters, al hablar del constitucionalismo internacional se refiere a la necesidad de visualizar “una red constitucional global tejida ligeramente: hay elementos fragmentarios de derecho constitucional en varios niveles de la gobernanza, en parte, en relación con sectores específicos. Tendríamos que visualizar estos elementos como si estuvieran situados tanto vertical como horizontalmente. Lo elementos constitucionales situados en los diversos niveles y sectores podrían complementarse y sostenerse el uno al otro. Esto es una red constitucional.” Al referirse a la forma de interactuar dentro de la red, esta autora también hace alusión a una idea multinivel antes que a la tradicional visión jerárquica: “La edificación de una red constitucional transnacional, en la cual las normas aplicables no pueden ser alineadas en una jerarquía abstracta, tienen al menos una importante consecuencia jurídica: la solución de eventuales conflictos entre el derecho constitucional nacional e internacional requiere un balance de los intereses de los casos concretos.” (PETERS, 2010, p. 117).

18 Burke White (2002-2003), habla de una comunidad de cortes en la que las cortes nacionales constituyen “primera línea” de trabajo.

en la posibilidad de concebir a la CorteIDH como una Corte Constitucional regional y a preguntarnos por la diferencia entre una idea multinivel y la tradicional imagen jerarquizada de un sistema judicial¹⁹.

Ahora bien, uno de los resultados más importantes de la existencia del diálogo y, por lo tanto de la configuración de la Red, es la articulación de un *ius commune*. En nuestra opinión, el *ius commune* da cuenta de la existencia de un marco mínimo de protección conformado por el catálogo de derechos y obligaciones básicas que resulta de la convergencia de los listados constitucionales y los instrumentos regionales tras el ejercicio de interpretación que adelantan los jueces²⁰.

En este sentido -y acorde con las notas esenciales de los derechos humanos-, el *ius commune* se caracteriza por su naturaleza dinámica y progresiva ya que responde tanto a la inquietud de los jueces por adaptar el derecho a la realidad a la que ha de aplicarse, como a la necesidad de lograr su ampliación y profundización con el paso del tiempo. Se trata pues del resultado de un ponderado ejercicio de equilibrio. En este sentido, toda vez que el *ius commune* responde a la

19 Idea similar es desarrollada por Alec Stone (2012) respecto del sistema europeo, un escenario al que tilda de ‘comunidad de cortes’ coordinada a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Así, desde nuestro punto de vista, y siguiendo al análisis que Queralt Jiménez hace del caso europeo, la CorteIDH opera como un ente armonizador cuyo éxito depende, en gran medida, de la recepción que hagan los jueces nacionales de su jurisprudencia: “[...] en términos de compatibilidad no de identidad, criterio que se adecua al proceso de armonización en materia de derechos y libertades fundamentales que protagoniza el TEDH en el ámbito europeo. Así es, la existencia de un estándar mínimo europeo + la asunción del pluralismo sobre el que se asienta el CEDH supone aceptar que el sistema europeo de garantía implica un proceso de armonización en materia de derechos y libertades, y no de uniformización, tal y como parece defender, además, mayoritariamente la doctrina europea. El TEDH desempeña una función armonizadora de los sistemas de garantía existentes en Europa, incluido el propio sistema de protección de derechos y libertades fundamentales del ordenamiento comunitario [...] en este proceso de armonización es un elemento esencial el uso que las jurisdicciones internas hacen del canon europeo y muy especialmente de las sentencias del Tribunal Europeo como herramienta hermenéutica”. (QUERALT JIMÉNEZ, 2013).

20 En el escenario europeo se ha desarrollado un concepto similar, El derecho constitucional común europeo que engloba el conjunto de principios comunes de los Estados miembros, que surgen de las constituciones, de las costumbres y del propio derecho europeo. (PEREZ LUÑO, 1995). El *ius commune* es prueba de lo que dice Cottier Multilayered governance thus relies upon a common and shared body of underlying constitutional values and legal principles, which penetrate all layers of governance alike. Today, these foundations exist in positive international law and are formally shared by the constitutions of a large number of states (...) The prospects of multi-layered governance therefore depend upon the level of shared procedural avenues established at and among different layers of governance. (COTTIER, 2009, p. 657 y 662). Esta idea resulta acorde por la expresada por Tznakopolous (2012, p. 190) quien afirma que el diálogo da lugar a un núcleo común de derechos a proteger en todos los niveles.

realidad regional y, por lo tanto, evoluciona sólo en la medida en que lo hagan tanto los derechos nacionales como el derecho interamericano en el marco de esa mecánica de interacción que hemos descrito hasta el momento²¹, su configuración siempre será respetuosa de la soberanía estatal y el pluralismo²².

A la luz de estas ideas, podemos decir que el *ius commune* cumple fundamentalmente cinco funciones:

- 1) En primer lugar, permite establecer los estándares mínimos de protección.
- 2) Así mismo, ayuda a elevar los parámetros de salvaguarda.
- 3) En tercer lugar, el *ius commune* facilita la comunicación entre los diversos escenarios de tutela.
- 4) Además, permite alcanzar una coherencia que aunque facilita la igualdad es respetuosa de la diversidad.
- 5) Finalmente, tal como en el caso del ‘patrimonio constitucional común’ propuesto por Zagreblesky (2009) el *ius commune* interamericano sirve como parámetro de validez de las normas, tanto constitucionales, como internacionales y en ese sentido se erige como un derrotero para el legislador y, en general, como parámetro de conducta para el ejercicio del poder *ad intra* pero también *ad extra* del Estado.

Así pues, tal como lo apuntan nuestros colegas del proyecto ICCAL liderados por el Profesor von Bogdandy, en Latinoamérica podemos hablar de un derecho común, un derrotero que puede guiarnos en la profundización y el fortalecimiento del Estado Social de Derecho y, con ello, en la consecución de la protección efectiva de los individuos. A la luz de esta idea, desde nuestro punto de vista,

21 En esa dinámica ocurre lo que señala Waters (2010): el juez internacional crea una regla que el juez nacional aplica haciéndola parte de una práctica reiterada gracias a la cual se crea una norma consuetudinaria de derecho internacional público.

22 Siguiendo las ideas de Pérez Luño en torno a la propuesta de Häberle, podemos decir entonces que el *ius commune* interamericano es una “realidad operativa” y en construcción soportada en la experiencia judicial de la región, que se erige como mecanismo de mediación entre los diversos intereses en juego –locales vs. regionales– evitando con ello la imposición de uno de los actores. Además, su existencia, como veremos más adelante, facilita la articulación de lo regional en escenarios de mayor alcance. (PEREZ LUÑO, 1995, p. 173).

los efectos del diálogo, la existencia del *ius commune*, tiene tres efectos particulares: a) el diálogo es causa y consecuencia de la reformulación de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, b) con él se impulsan las reformas constitucionales y legales que permiten ampliar o reforzar el catálogo de derechos, y los ajustes procesales e institucionales que coadyuven en el cometido de protección, c) potencia la efectividad de la tutela ofrecida a los individuos tanto en sentido estricto (para casos específicos y respecto del cumplimiento de las sentencias, nacionales e internacionales) como en sentido amplio, esto es, generando la cultura y herramientas necesarias evitar las violaciones, esto es, para lograr la protección sin tener que acudir a los estrados judiciales, tal como debe ser (ACOSTA ALVAREDO, 2015).

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA ALVAREDO, Paola Andrea. **Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- BAZÁN, Victor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: NASH, Claudio; BAZÁN, Victor (Eds.) **Justicia constitucional y derechos fundamentales el control de convencionalidad**. Santiago: Centro de Derechos Humanos e Fundación Konrad Adenauer, 2012. p. 17-56.
- Burke-White, William W. A community of courts: Toward a system of international criminal law enforcement. **Michigan Journal of International Law**, v. 24, n. 1, 2002-2003.
- BUSTOS GISBERT, Rafael. XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 95, pp. 13-63, may.-ago., 2012.
- CASTILLA, Karlos. ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XIII, p. 51-97, 2013. Disponible em: <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v13/v13a2.pdf>.
- CLAES, Monica; DE VISSER, Maartje. Are you Networked yet? On Dialogues in European Judicial Networks. **Utrecht Law Review**, v. 8, n. 2, p. 100-114, 2012. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.197>
- COTTIER, Thomas. Multilayered governance pluralism, and moral conflict. **Indiana Journal of Global Studies**, v. 16, i. 2, p. 647-679, Sum. 2009.
- ESPÓSITO, Carlos. La interpretación constitucional de las normas internacionales. GARGARELLA, ROBERTO (Coord). **La Constitución en 2020: 48 ideas para una sociedad igualitaria**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011. p 134

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista del Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla**, a. V, n. 28, ju.-dic. 2011.
- HELPER, Lawrence; SLAUGHTER, Anne-Marie. Toward a theory of effective supranational adjudication. **The Yale Law Journal**. New Haven, CT, v. 107, n. 2, p. 273-391, nov 1997
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. **Estudios Constitucionales**, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, v. 9, n. 2, 2011.
- Perez Luño, Antonio. El Derecho Constitucional Común Europeo: apostillas en torno a la Concepción de Peter Haberle. **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, n. 88, abr.-jun. 1995.
- PERNICE, Ignolf; KANITZ, Ralf. Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe. **WHI-Paper 7/04**, Humboldt University, 2004.
- PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited? **Common Market Law Review**, n. 36. 1999
- PETERS, Anne. Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras constitucionales. **La constitucionalización del derecho internacional**. In: PETERS, A.; AZNAR, Mariano; GUTIÉRREZ, Ignacio (Eds.). Barcelona: Tirant lo Blanch, 2010.
- Queralt Jiménez, Argelia. **El Tribunal de Estrasburgo y los Tribunales Constitucionales**. Disponible em: http://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/Queralt_Jimxnezx_Argelia.pdf
- SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton University Press, 2004.
- STONE SWEETS, Alec. A cosmopolitan legal order: Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe. **Global Constitutionalism**, a. 1, n. 1, p. 53-90, 2012.
- Tzanakopoulos, Antonios. Judicial Dialogue in Multi-level Governance: The Impact of the Solange Argument. In: FAUCHALD, O. K.; NOLLKAEMPER, André (Eds.). **The practice of international and national courts and the (de-) fragmentation of international law**. Hart Publishing, 2012.
- WALKER, Neil. Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate. **'Europe in Question' Discussion Paper Series**. London School of Economics, LEQS Paper No. 08/2009.
- Waters, Melissa A. The future of transnational judicial dialogue. **The American Society of International Law Proceedings**, n. 104, 2010.
- Zagrebel'sky, Gustavo. El juez constitucional en el siglo XXI. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MOLINA SUÁREZ, César de Jesús (Coord). **El Juez constitucional en el siglo XXI**. México: UNAM, 2009. t. 1, p. 3-26. Disponible em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.html?l=2725>

Capítulo 2

PROPOSTAS DE COMPATIBILIZAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA ÀS DIRETRIZES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Luiz Magno Pinto Bastos Junior

Rodrigo Miotto dos Santos

1 INTRODUÇÃO

Os manuais de processo penal existentes no Brasil são unânimes em elencar dentre os princípios processuais o do duplo grau de jurisdição. Apesar de não gozar de previsão constitucional expressa, o mesmo é comumente reconhecido como desdobramento direto do princípio da ampla defesa e como decorrente da própria estrutura organizacional do Poder Judiciário. Trata-se, pois, de acordo com o entendimento doutrinário consolidado, como diretriz inerente à estrutura e à operacionalização de um sistema de garantias que conecta as diferentes instâncias recursais. O que de vê, portanto, é que o ordenamento jurídico brasileiro prevê como regra geral a garantia do duplo grau de jurisdição em matéria penal que se materializa, sobretudo, pela previsão legal da apelação criminal que devolve ao tribunal a competência para ampla reapreciação dos fatos e do direito aplicado pelo juiz singular.

Esta situação, no entanto, não se verifica em relação às autoridades que possuem foro privilegiado por prerrogativa de função (Prefeitos, Governadores, Juízes, Deputados Federais, Senadores e

Ministros de Estado, por exemplo). Nestes casos, a Constituição determina que os processos criminais instaurados contra estas autoridades devem ser processados originariamente em órgãos colegiados, e não perante o juiz singular. Nestes casos, contra as decisões proferidas por estes órgãos, não existe nenhum meio recursal que permita a estas autoridades o direito à ampla revisão por um órgão judicial posto em posição hierarquicamente superior. Isto é assim porque o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário não permitem que essas Cortes façam amplo escrutínio sobre os fatos e sobre as provas discutidas nos autos (Súmula 7, do Superior Tribunal de Justiça; Súmula n. 279, do Supremo Tribunal Federal).

Em razão desta restrição, não se pode falar na existência de uma autêntica instância recursal, pois o manejo destes recursos extraordinários só admite a discussão sobre as teses jurídicas adotadas na decisão proferida originariamente pelo tribunal com competência originária. A situação é ainda mais sintomática quando se trata de julgamentos proferidos originariamente pelo próprio Supremo Tribunal Federal, já que nestes casos, não existe qualquer instância judicial a que possam ser direcionados recursos judiciais no interior do ordenamento jurídico brasileiro.

A doutrina brasileira, tradicionalmente, resolve esta aparente contradição admitindo a existência de uma espécie de restrição à plena aplicabilidade do princípio do duplo grau de jurisdição. Só há que se falar na existência de um “direito” ao duplo grau de jurisdição em face de decisões proferidas por juízes singulares. Em outras palavras, contra decisões colegiadas, por não estar sujeito o réu ao julgamento por um único magistrado, não há que se falar na existência de um autêntico “direito” ao duplo grau de jurisdição, até mesmo porque, como visto, não há previsão constitucional expressa nesse sentido.

Ocorre que, por ser signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, desde 1993, passou a vigor no ordenamento jurídico interno, a garantia expressa de que a todo acusado tem direito a “recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” (art. 8º, item 2, alínea h).

O dispositivo convencional é claro, não admite qualquer exceção, não flexibiliza a garantia diante de julgamento originário proferido por órgão colegiado. O direito ao duplo grau de jurisdição foi alçado à condição de direito humano de todo acusado. Norma esta devidamente internalizada na ordem jurídica interna e que, em face do disposto no art. 5º, § 2º da Constituição Brasileira, deve ser compreendido como dotada de especial fundamentalidade no plano doméstico.

Nesse sentido, o presente artigo científico tem por objetivo verificar se as restrições recursais impostas pela ordem jurídica brasileira aos detentores do foro por prerrogativa (flexibilização do direito ao duplo grau de jurisdição) é compatível com as normas emanadas da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No entanto, essa compatibilidade (ou sua ausência) será analisada não somente a partir da simples confrontação entre o ordenamento jurídico nacional e o texto normativo da Convenção. A análise pretende confrontar a legislação brasileira (na forma com que é compreendida pela dogmática nacional) com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CorteIDH) sobre o conteúdo e o alcance destes dispositivos e sobre as obrigações que a norma convencional impõe aos Estados signatários. Isto é assim porque o marco normativo supranacional não se restringe à literalidade da norma convencional, mas deve ser analisado a luz de seu contexto normativo de significação, em outras palavras, em conjunto com o acervo jurisprudencial emanado da Corte responsável pela sua adjudicação (como intérprete qualificado de seus dispositivos) e pela interpretação dada pelos órgãos judiciais dos diferentes países igualmente signatários deste mesmo diploma internacional. Afinal de contas, a norma internacional deve ser interpretada de acordo com seu contexto.

Especificamente em relação à regra em comento, existem dois importantes precedentes da CorteIDH que enfrentaram especificamente esta questão ao tratar da análise da compatibilidade da ordem jurídica interna de dois países, o primeiro (o caso “Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, de 2 de julho de 2004) em que discutiu sobre a extensão

da revisão de julgado pela corte superior; e o segundo (o caso “Barreto Leiva Vs. Venezuela”, de 17 de novembro de 2009) que analisou uma condenação proferida em única instância por órgão judicial localizado no topo da hierarquia judicial.

Essas decisões exigem que se desencadeie uma profunda revisão da compreensão nacional sobre o alcance da garantia do duplo grau de jurisdição. Isto assim porque, no primeiro caso, a Corte Interamericana entendeu que os denominados “recursos de cassação” (aqueles que não reapreciam integralmente o mérito do caso) não se prestam a garantir o direito assegurado na Convenção. Enquanto que, no segundo caso, a Corte Interamericana entendeu que julgamentos originários por tribunais de última instância (como seria o caso da competência penal originária do STF, por exemplo), também não se compatibilizam com a garantia convencional.

Trata-se pois de analisar em que medida os meios recursais assegurados aos detentores de prerrogativa de função, na forma como são delineados na ordem nacional, se compatibiliza com a obrigação internacional assumida pelo Estado brasileiro de respeitar e de assegurar o “direito ao duplo grau de jurisdição” em matéria penal (art. 1º, 1 e art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos).

Para subsidiar toda a abordagem a ser feita com vistas a atingir os fins da pesquisa, os **referenciais teóricos** adequar-se-ão a três grupos distintos. Primeiramente, a partir das obras de processualistas brasileiros, buscar-se-á configurar o exercício do duplo grau de jurisdição no Brasil, com ênfase na situação dos detentores de foro por prerrogativa de função. Em um segundo momento, os referenciais restringir-se-ão às decisões da CorteIDH acerca do tema, em especial os dois casos já citados. Por fim, em um terceiro passo, entram em cena as obras de Ernesto Rey Cantor (2009) e Juan Carlos Hitters (2008), autores que exploram as dificuldades relacionadas à engenharia de articulação entre a ordem interna e internacional a ser desempenhado pelo juiz nacional, dentro do que se tem denominado *controle de convencionalidade*.

O artigo elenca como problema básico de pesquisa, portanto, a seguinte questão: “a configuração atual do ordenamento constitucional brasileiro no que se refere ao foro por prerrogativa de função compatibiliza-se com a jurisprudência da CorteIDH referente ao duplo grau de jurisdição?”

Como objetivo geral, almeja-se verificar se (e em que medida) os casos de foro por prerrogativa de função previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 compatibilizam-se com a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos confere ao disposto no art. 8, item 2, alínea *b*, da Convenção.

No plano dos objetivos específicos, busca-se: caracterizar o funcionamento recursal referente aos casos de foro por prerrogativa de função previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; delimitar, a partir da jurisprudência da CorteIDH, o alcance e o sentido da garantia de recorrer das decisões condenatórias para um juiz ou tribunal superior, prevista no art. 8º, item 2, alínea *b* da Convenção, em especial nos casos que versam sobre foro por prerrogativa de função; e, o que é o cerne do presente trabalho, problematizar acerca dos mecanismos institucionais que se encontram à disposição do Brasil (no âmbito do Legislativo e do Judiciário) para corrigir eventuais incompatibilidades entre o sistema nacional e o entendimento da CorteIDH acerca do duplo grau. Cada um desses objetivos específicos serão enfrentados nas sessões desse trabalho.

2 A GARANTIA (E SUA NEGAÇÃO) DO “DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO” NA ORDEM JURÍDICA INTERNA BRASILEIRA

O princípio do duplo grau de jurisdição não vem expresso na Constituição brasileira de 1988 (como ocorreu, por exemplo, com a de 1824, no seu art. 158). Contudo, não encontra a doutrina maiores dificuldades em reconhecê-lo (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 2005, p. 25), em especial pela própria dinâmica recursal e organizacional do Poder Judiciário que a Constituição estabelece.

Eugênio Pacelli de Oliveira chega mesmo a tratar a “exigência do duplo grau” como “garantia individual” extraída da garantia constitucional da ampla defesa (2012, p. 853-854). Outros autores, como Aury Lopes Jr. (2012, p. 1156), já problematizando as alterações decorrentes da incorporação na ordem interna das disposições convencionais, entendem que “essa discussão perdeu muito do seu fundamento com o art. 8.2, letra ‘h’, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que expressamente assegura o *direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior*”.

E o princípio adquire *status* de centralidade, a ponto de Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, p. 853) estabelecer que “o duplo grau de jurisdição integra o exercício da ampla defesa, como uma de suas manifestações, e, mais, [...], uma de suas manifestações mais importantes”.

Apesar desta centralidade, os autores nacionais reconhecem a dificuldade em conferir-lhe plena aplicabilidade “nos crimes que, por decorrência da prerrogativa de função do agente, são julgados originariamente pelos tribunais” (LOPES JR, 2012, p. 1157). Pois nesses casos, as hipóteses recursais são limitadas, cingindo-se basicamente a recursos de cassação, ou seja, que versam exclusivamente sobre matéria de direito, não de fato.

Se um Deputado Federal, por exemplo, que detém foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal é julgado e condenado por esta Corte, as possibilidades recursais restringem-se a embargos de declaração e a embargos infringentes (que, ressalte-se, serão apreciados pelos mesmos julgadores responsáveis pela condenação). De outra banda, se um Prefeito é condenado pelo Tribunal de Justiça de um Estado, para além de embargos declaratórios no próprio Tribunal, só lhe resta os recursos especial e extraordinário, para o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, respectivamente. Contudo, tais recursos são profundamente restritos a questões de direito, não sendo vias hábeis para rediscussão de matéria fático-probatória (como se dá com os chamados *recursos ordinários*).

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vários são os casos de foro por prerrogativa de função.

Primeiramente, compete privativamente “aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns [...], ressalvada a competência da Justiça Eleitoral [*caso em que a competência será transferida ao respectivo Tribunal Regional Eleitoral*]” (CF/88, art. 96, III). Ademais, possuem os Tribunais de Justiça outras competências que lhes sejam atribuídas pela Constituição (para julgar Prefeitos, nos termos do art. 29, X, e para julgar Deputados Estaduais, esta uma competência implícita pacificamente aceita) e mesmo nas Constituições Estaduais (como, por exemplo, a competência para originariamente julgar os Secretários de Estado).

Já aos Tribunais Regionais Federais compete processar e julgar “os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns [...] e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral [*casos em que a competência recairá sobre o Tribunal Regional Eleitoral*]” (CF/88, art. 108, I, “a”).

Ao Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, compete julgar, em caso de crimes comuns, “os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, [...] os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais” (CF/88, art. 105, I, “a”).

Por fim, ao Supremo Tribunal Federal compete julgar, em caso de crimes comuns, “o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República” (CF/88, art. 102, I, “b”), e, ainda, “os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército

e da Aeronáutica, [...] os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente” (CF/88, art. 102, I, “c”).

Em todos esses casos de foro por prerrogativa de função são inviáveis recursos de apelação. Nestes casos, a dogmática processual (pautada por uma interpretação sistemática do texto constitucional) não confere aos recursos a serem interpostos contra as decisões proferidas por essas instâncias colegiadas, o caráter ordinário que permitiriam amplo efeito devolutivo e, portanto, integral reanálise do caso.

As hipóteses limitam-se basicamente ao recurso especial (art. 105, III, CF/88), para o Superior de Justiça, e ao recurso extraordinário (art. 102, III, CF/88), para o Supremo Tribunal Federal. Nos casos de competência originária perante o Superior Tribunal de Justiça, somente o recurso extraordinário é possível. Nos casos de competência originária perante o Supremo Tribunal Federal, somente são cabíveis embargos infringentes.²³

A doutrina processual e constitucional brasileira não costuma enxergar maiores problemas nessa engenharia recursal. Para Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 497), por exemplo, de forma muito tranquila,

[...] se a Constituição consagra a competência originária de determinado órgão judicial e não define o cabimento de recurso ordinário, não se pode cogitar de um direito ao duplo grau de jurisdição, seja por força de lei, seja por força do disposto em tratados e convenções internacionais.

Na mesma linha de raciocínio, Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, p. 854) afirma que:

[...] em uma ação penal da competência originária dos tribunais de segunda instância, por exemplo, não se poderá alegar violação ao duplo grau de jurisdição, pela inexistência de recurso ordinário

23 Essa posição do STF firmou-se, por maioria apertada (seis votos a cinco), no julgamento de questão de ordem no âmbito da Ação Penal 470.

cabível. O referido órgão colegiado, nessas situações, estará atuando diretamente sobre as questões de fato e de direito, realizando, então, a instrução probatória e o julgamento. Estará garantido, portanto, o reexame da matéria por mais de um único juiz (a pluralidade da decisão, pois), sobretudo quando a competência para o julgamento for atribuída, no respectivo Regimento Interno, ao Plenário do Tribunal. De todo modo, o afastamento da exigência do duplo grau em tais casos decorreria da própria Constituição.

Como será visto no item seguinte, este não é o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3 A DENSIFICAÇÃO DA GARANTIA AO “DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO” NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

No plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especificamente no que se refere ao sistema interamericano, a flexibilização da garantia ao duplo grau em casos de foro por prerrogativa de função não é tão simples como defende segmento significativo da literatura jurídica brasileira.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tem-se que a Convenção Americana, em seu art. 8º, item 2, alínea “h”, fixa textualmente a garantia ao duplo grau:

8º Garantias judiciais

[...]

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

E aqui há um ponto importante. Ao contrário do que se passa com outros documentos internacionais de proteção dos direitos humanos – como a Convenção Europeia (art. 2. do Protocolo n. 7)²⁴ e

24 Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, artigo 2º (Direito a um duplo grau de

o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14, item 5)²⁵ – a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não faz qualquer exceção à regra estabelecida. Trata-se, como diz o texto, de uma garantia que recai sobre “toda pessoa acusada de um delito”, garantia esta consubstanciada no “direito de recorrer da sentença a um juiz ou tribunal superior”.

É justamente nesse sentido, inclusive, que caminha a posição da CorteIDH. Com efeito, em quatro importantes precedentes que tratam sobre a matéria²⁶, a Corte é enfática em colocar em xeque estruturas recursais similares à brasileira, quando se trata de análise de compatibilidade de ordens normativas nacionais concernentes a julgamento de acusados dotados de foro por prerrogativa de função.

No primeiro destes precedentes, *Caso “Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”*, julgado em 02 de julho de 2004, a Corte enfrentou o debate sobre a (in)suficiência da previsão de simples recursos de cassação para fazer valer a garantia convencional ao duplo grau.

Na demanda submetida à CorteIDH estava em pauta, dentre outras, a temática do sistema recursal penal costarricense. Segundo tal ordenamento, contra uma sentença penal condenatória somente se pode manejar o recurso de cassação.²⁷ Inicialmente, ao final do

jurisdição em matéria penal): “1. Qualquer pessoa declarada culpada de uma infração penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei. 2. Este direito pode ser objeto de exceções em relação a infrações menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição.”

25 Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 14, item 5: “Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.”

26 Para os objetivos deste artigo foram selecionados preferencialmente quatro precedentes pelo seguinte motivo: o primeiro porque foi justamente o primeiro caso em que a Corte versou sobre a matéria, os outros dois porque versam especificamente sobre “duplo grau” e foro por prerrogativa de função, ao passo que o último possui uma importante reunião de elementos de composição, no entendimento do CorteIDH, sobre a essência da garantia do art. 8.2.h da Convenção. Porém, cumpre ressaltar que a CorteIDH enfrentou a interpretação de referida garantia em outras oportunidades, tais como nos casos “Castillo Petruzzi Vs. Peru” (1999) (parágrafo 161); “Vélez Loor Vs. Panamá” (2010) (parágrafo 179); “Mohamed Vs. Argentina” (2012) (parágrafos 88 a 117); “Mendoza e outros Vs. Argentina” (2013) (parágrafos 241 a 261) e mais recentemente no caso “Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala” (2016) (parágrafo 21).

27 Trata-se de recurso de efeito devolutivo limitado às hipóteses expressamente previstas em

processo, o senhor Mauricio Herrera Ulloa restou absolvido. Contudo, um recurso de cassação levou à anulação do julgamento que, quando levado a cabo novamente, resultou em sentença condenatória. Em seguida, em recurso de cassação de autoria do senhor Herrera Ulloa, o mesmo órgão julgador que antes havia cassado sua absolvição, manteve a sentença condenatória.

A CorteIDH, ao apreciar a questão, inicialmente ressaltou que:

161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.

Ao adentrar propriamente na análise do mérito do caso, a CorteIDH estabeleceu que o direito de recorrer deve ser livre de formalismos que impeçam seu bom exercício. E, ainda, assinala expressamente que o recurso deve permitir um “exame integral da decisão recorrida”, portanto, não poderia a Corte *ad quem* restringir sua apreciação a determinadas matérias definidas pela legislação processual.

Diante disso, para a CorteIDH:

167. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de

lei, e que, caso provido, leva à cassação da decisão, mas não a sua substituição. A título de exemplificação, seria algo próximo aos recursos especial e extraordinário do Direito brasileiro, ou seja, muito diferente de uma verdadeira apelação.

casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohrmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de éste último y apoderado especial del periódico “La Nación”, respectivamente (supra párr. 95. w), contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado.

168. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.h. de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa.

Por fim, no caso costariquenho, a CorteIDH estipulou, para além de uma reparação econômica, que a Costa Rica deveria considerar sem efeito a condenação de Herrera Ulloa, bem como adequar, em um prazo razoável, seu ordenamento interno ao art. 8º, item 2, alínea ‘h’, da Convenção.

Em outro precedente, julgado em 17 de novembro de 2009, e que ficou conhecido como *Caso “Barreto Leiva Vs. Venezuela”*, apreciando o caso venezuelano em que a Corte Suprema de Justiça daquele País condenou o Sr. Oscar Enrique Barreto Leiva, em julgamento único, a CorteIDH fixou a impossibilidade de se julgar originariamente no Pleno das mais altas Cortes dos Países os acusados da prática de um delito.

Na parte resolutiva da decisão, a CorteIDH claramente fixou que:

90. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana (supra párr. 74). Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la

impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso.

91. En razón de lo expuesto, el Tribunal declara que Venezuela violó el derecho del señor Barreto Leiva reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención, en relación con el artículo 1.1 y 2 de la misma, puesto que la condena provino de un tribunal que conoció el caso en única instancia y el sentenciado no dispuso, en consecuencia, de la posibilidad de impugnar el fallo. Cabe observar, por otra parte, que el señor Barreto Leiva habría podido impugnar la sentencia condenatoria emitida por el juzgador que habría conocido su causa si no hubiera operado la conexidad que acumuló el enjuiciamiento de varias personas en manos de un mismo tribunal. En este caso la aplicación de la regla de conexidad, admisible en sí misma, trajo consigo la inadmisibile consecuencia de privar al sentenciado del recurso al que alude el artículo 8.2.h de la Convención.

No caso venezuelano, além de reparação econômica, a CorteIDH ainda determinou que a Venezuela concedesse a oportunidade do Sr. Barreto Leiva recorrer da decisão, além de, incisivamente, “[...] ordenar ao Estado que, dentro de um prazo razoável, adeque seu ordenamento jurídico interno, de tal forma a garantir o direito de recorrer contra uma sentença condenatória, conforme artigo 8.2.h da Convenção, a toda pessoa julgada por um ilícito penal, inclusive àquelas que gozem de foro”, o que se mostra particularmente importante para os propósitos deste trabalho.

Por fim, o terceiro caso que versa sobre duplo grau e foro especial é o *Caso “Liakat Ali Alibux Vs. Suriname”*, com sentença de 30 de janeiro de 2014. Nesse caso, o Sr. Liakat Ali Alibux, que havia ocupado um alto cargo no Governo do Suriname, foi acusado da prática de ilícitos penais quando daquele momento e condenado, pela Alta Corte de Justiça do País, em caso de foro especial, na data de 05 de novembro de 2003. Contra tal decisão, tomada em instância superior, não havia previsão de recurso de apelação. Importante destacar que após a condenação e cumprimento da pena houve uma alteração na dinâmica de julgamento de altas autoridades do país. O julgamento inicial passou a ser feito por três juízes da Alta Corte de Justiça com

a possibilidade de um recurso para outro órgão, do mesmo Tribunal, formado por outros juizes. Inclusive, foi dada a oportunidade, posterior ao encerramento do processo e ao cumprimento da pena, ao o Sr. Liakat Ali Alibux, de se utilizar o recurso, o que foi por ele negado.

Trata-se de um precedente bastante importante para os fins do presente artigo, pois além de se referir a um caso de duplo grau e foro por prerrogativa de função, há nele um interessante detalhamento da CorteIDH acerca dos argumentos que envolvem a matéria. No parágrafo 88 da decisão, a Corte relembra o precedente “Barreto Leiva Vs. Venezuela” para reafirmar que não há incompatibilidade entre duplo grau e foro por prerrogativa de função, desde que se assegure o direito ao recurso. Nas palavras da Corte: “[...] a designação do máximo órgão de justiça para o julgamento penal de funcionários públicos de altos cargos não é, *per se*, contrária ao artigo 8.2.h da Convenção” (parágrafo 88).

Ademais, nos parágrafos 89 a 96 a Corte ingressa em interessante discussão sobre o tratamento da matéria no direito comparado, especialmente no que se refere à Convenção Europeia, que ainda que consagre a garantia, permite que ela seja excepcionada justamente nos casos de altas autoridades julgadas pela mais alta Corte do país. Porém, como já havia consignado no Caso Mohamed Vs. Argentina, a CorteIDH entendeu ser incabível a limitação de um direito humano naquelas ocasiões em que a Convenção não o faz expressamente.

Ao final, a Corte considerou, por maioria (seis votos a um), o Estado responsável pela violação da garantia consignada no art. 8.2.h da Convenção, conferindo ao Sr. Liakat Ali Alibux, direto à indenização pelos danos sofridos. Interessante consignar, que tenho havido no ordenamento do país a alteração acima citada, a CorteIDH a entendeu compatível com a Convenção e se absteve de determinar qualquer outra medida nesse sentido.

Ainda que não seja um caso que verse sobre duplo grau e foro por prerrogativa de função, importante mencionar ainda o importante

precedente do *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, consignado em sentença proferida em 29 de maio de 2014.

Neste caso, que não versa especificamente sobre duplo grau e foro por prerrogativa, avançando em sua tradição mais comedida na hora de fixação dos estandartes, a CorteIDH inovou e criou uma espécie de *check list* de características que o caso concreto deve preencher de modo a preencher a garantia do art. 8.2.h da Convenção, o que se faz no parágrafo 270 de referida decisão com base em uma espécie de compilado dos precedentes anteriormente citados na nota de rodapé n. 5. Para a Corte, a garantia do art. 8.2.h da Convenção somente estará atendida caso esteja à disposição daquele que é condenado criminalmente um recurso, sendo que esse recurso deve contar com as seguintes características: (a) ser ordinário, (b) ser acessível, (c) ser eficaz, (d) permitir um exame ou revisão integral da decisão recorrida, (e) estar ao alcance de qualquer pessoa, e (f) respeitar as garantias processuais mínimas constantes do art. 8º da Convenção. Nas palavras da própria Corte:

a) *Recurso ordinario*: el derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada, pues busca proteger el derecho de defensa evitando que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contenga errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.

b) *Recurso accesible*: su presentación no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. Las formalidades requeridas para su admisión deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente.

c) *Recurso eficaz*: no basta con la existencia formal del recurso, sino que éste debe permitir que se obtengan resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de

una condena errónea. Este requisito está íntimamente vinculado con el siguiente:

d) *Recurso que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido*: debe asegurar la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida. Por lo tanto, debe permitir que se analicen las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria. De tal modo se podrá obtener la doble conformidad judicial, pues la revisión íntegra del fallo condenatorio permite confirmar el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, al paso que brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.

e) *Recurso al alcance de toda persona condenada*: el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Debe ser garantizado inclusive frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria.

f) *Recurso que respete las garantías procesales mínimas*: los regímenes recursivos deben respetar las garantías procesales mínimas que, con arreglo al artículo 8 de la Convención, resulten pertinentes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, sin que ello implique la necesidad de realizar un nuevo juicio oral.

Fica patente, pois, que existe uma divergência entre a configuração recursal para os casos de foro por prerrogativa de função no Brasil, bem como a opinião que a doutrina possui acerca dela, e o que entende a CorteIDH acerca do exposto no art. 8º, item 2, alínea 'h' da Convenção.

O fato é que a CorteIDH considera as normas internas – atos administrativos, leis, constituição, decisões judiciais – como “meros fatos”, expressões de vontade dos Estados e procede ao cotejo destes fatos com a Convenção (RAMOS, 2003), buscando proteger

a eficácia do objeto e fim do instrumento internacional (LONDOÑO LÁZARO, 2010). Constatando a incompatibilidade, declara a responsabilidade internacional do Estado por descumprimento da Convenção e condena-o a adequar o ordenamento interno à Convenção (REY CANTOR, 2009). Trata-se, portanto, de um exame de adequação de uma conduta do Estado com uma prescrição internacional estabelecida (LONDOÑO LÁZARO, 2010). Nesse contexto, é irrelevante justificativas internas – ainda que baseadas nas próprias Constituições – sobre mitigações do duplo grau.

E, nesse contexto, não é dado aos Estados a faculdade de cumprirem ou não as determinações da CorteIDH, sob pena de descaracterização do próprio Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Desse modo, fica patente a discrepância entre o estabelecido na Constituição brasileira no que se refere ao duplo grau em matéria de foro por prerrogativa de função, e o que entende a CorteIDH sobre o duplo grau.

Em ambos os precedentes anteriores, a par do reconhecimento do direito à reparação econômica pelo dano experimentado pela vítima, a Corte determinou aos Estados que realizassem, em um prazo razoável, a adequação de seus ordenamentos jurídicos nacionais à obrigação convencional tida por violada. Desta forma, a Corte determinou que fossem removidos os óbices legislativos e/ou que fosse adequada a norma processual doméstica a fim de que as diretrizes fixadas fossem devidamente incorporadas à legislação nacional.

A primeira conclusão a que se pode chegar, portanto, é de que a legislação nacional deve ser alterada, de forma que a flexibilização da garantia do duplo grau de jurisdição seja removida. Uma adequada compatibilização envolveria, pois, tanto a realização de reformas constitucionais (no sentido de prever a hipótese de recurso ordinário aos tribunais superiores, de forma similar ao que ocorre nos remédios constitucionais em que a segurança tenha sido denegada em única instância por tribunal), quanto de remoção de óbices regimentais e regulamentares a ser empreendida especificamente no âmbito dos

tribunais superiores.

No entanto, defende-se neste artigo que a compatibilização do ordenamento jurídico interno não depende, exclusivamente, do desencadeamento de alterações legislativas (Emenda Constitucional e alteração na legislação processual correlata); mas a implementação das garantias convencionais pode ser realizada diretamente pelo próprio Poder Judiciário, por intermédio do exercício do controle de convencionalidade, como se verá adiante.

4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E AS POSSIBILIDADES DE ADEQUAÇÃO DO ORDENAMENTO PÁTRIO AOS TERMOS DA CONVENÇÃO

4.1 Controle de Convencionalidade: conceito, histórico, fundamentos e operacionalização

O controle judicial de convencionalidade surge no âmbito do sistema regional de proteção de direitos humanos americano “como uma ferramenta sumamente eficaz para o respeito, a garantia e a efetivação dos direitos descritos no Pacto [de San José da Costa Rica]” (SAGÜES, 2010, p. 118), resultado da construção pretoriana da Corte Interamericana (REY CANTOR, 2009). Por este controle, “as normas locais passam a ter a compatibilidade aferida diante das normas internacionais” (RAMOS, 2003, p. 86).

À semelhança da contraparte nacional (o controle de constitucionalidade), o controle judicial de convencionalidade afirma-se discursivamente como meio de salvaguarda dos direitos humanos previstos em normas plasmadas em documentos internacionais. Ademais, o recurso a este mecanismo igualmente é justificado a partir do recurso aos postulados da integridade sistêmica (unidade, coerência e completude dos ordenamentos jurídicos), como se depreende da função de preservação da integridade da Convenção Americana, assinalada por Alberto Lucchetti (2008), ou a preocupação em salvaguarda de uma suposta “aplicação harmônica do direito vigente”

genericamente preconizada por Susana Albanese (2008, p. 15).

A noção de confrontação e de compatibilidade vertical fica evidente na definição analítica de Rey Cantor (2009, p. 8-9), para quem:

[...] [t]rata-se de um exame de confrontação normativa (material) do direito interno com a norma internacional, sobre alguns fatos – ação ou omissão internacionalmente ilícitos. A confrontação é uma técnica jurídica que se denomina controle, e tem por objeto “assegurar e fazer efetiva a supremacia” da Convenção Americana.

O marco histórico de assentamento do controle judicial de convencionalidade, no contexto interamericano é a decisão da Corte IDH no caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*” (26.9.2006), em que, pela primeira vez, uma decisão fez expressa alusão à terminologia “controle de convencionalidade” (HITTERS, 2009). Neste episódio, assim se pronunciou a Corte:

123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos

de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (sem grifos no texto original).

Posteriormente, no mesmo ano, no caso “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Peru*” (24.11.2006), a Corte ratificou a obrigatoriedade do controle judicial de convencionalidade, introduzindo elementos adicionais e tratando do tema de forma mais específica. Na ocasião, argumentou, no parágrafo 128 da decisão:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (sem grifos no texto original).

Estes foram os dois principais pronunciamentos da Corte Interamericana sobre a temática (VILLANOVA, 2010), de cujas análises é possível perceber uma sensível evolução: na primeira decisão (*caso “Almonacid Arellano”*), a Corte faz menção ao dever do Poder Judiciário de realizar uma espécie de controle de convencionalidade, ao passo que no *decisum* ulterior (*Caso Trabajadores cesados del Congreso*) alude direta e categoricamente ao dever de exercer o controle de

convencionalidade, consolidando a terminologia a partir de então (HITTERS, 2009). Conforme destaca Sagües (2010, p. 120), “[n]a última sentença, em síntese, o instituto de referência é apresentado, sem mais, como um ato de revisão ou fiscalização da submissão das normas nacionais à Convenção [...] e à exegese que a este instrumento dá a Corte Interamericana”.

Apesar de a Corte ter cunhado a expressão “controle de convencionalidade”, trata-se, de fato, de um autêntico “controle judicial de convencionalidade”, uma vez que o dever de exercê-lo é endereçado aos juízes – ao Poder Judiciário –, que devem realizá-lo quando o legislador esquivar-se de sua tarefa de suprimir ou de não editar normas contrárias à Convenção (GALVIS; SALAZAR, 2007; LUCCHETTI, 2008). Enfim, sinteticamente, o controle judicial de convencionalidade preconizado pela Corte Interamericana afigura-se como “um mecanismo jurídico pelo qual os juízes invalidam normas de hierarquia inferior à convenção, que não tenham sido ditadas de conformidade a ela, tendo em conta não somente a Convenção mesma, mas igualmente a interpretação que a ele efetua a Corte Interamericana” (SCHEPIS, 2009, p. 7).

Operam no controle judicial de convencionalidade tanto os juízes nacionais quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em razão disto, a doutrina distingue duas classes do controle de convencionalidade, a saber: (a) controle de convencionalidade em sede interna; e, (b) controle de convencionalidade em sede internacional, respectivamente. (REY CANTOR, 2009; SAGÜES, 2010).

Em relação ao controle em sede interna, a Corte assinala que, previamente à realização da tarefa ordinariamente conhecida como subsunção – correlação do fato com a porção de direito aplicável –, o juiz nacional deve realizar o controle de convencionalidade entre a porção de direito doméstico aplicável e a norma convencional (VILLANOVA, 2010). Ainda de acordo com a preceito fixado pela CorteIDH, a prática de controle não se afigura como mera faculdade dos magistrados, mas consiste em um dever diretamente decorrente

da obrigação convencional.

Portanto, os juízes nacionais encontram-se obrigados a rechaçar a norma interna “inconvenção” *ex officio*, independentemente de requerimento das partes (SAGÜES, 2010). Afirmar este dever de declaração *ex officio*, como assinala Hitters (2009), implica em conferir preponderância ao princípio do *iura novit curia* em detrimento do princípio da congruência (comum no direito processual interno de adstrição do magistrado às alegações das partes).

Havendo observância dos ditames convencionais e das pautas interpretativas fixadas pela Corte pelos juízes internos, não há necessidade de acudir ao sistema internacional (REY CANTOR, 2009). Em suma, o controle de convencionalidade é realizado previamente pela instância doméstica, donde a intervenção da Corte Interamericana só se realizará necessária em face da inoperância ou ineficácia dos órgãos nacionais. (HITTERS, 2009).

A título de conclusões parciais, pode-se perceber que, de acordo com a construção pretoriana da Corte Interamericana, o exercício do controle de convencionalidade incumbe primariamente aos próprios juízes nacionais e, de forma subsidiária, às instâncias de controle supranacional. Desta feita, o controle de convencionalidade a cargo da Corte Interamericana (controle de convencionalidade em sede internacional) constitui a atividade por excelência da Corte, sua razão de existir, que o realiza desde sua instituição, ao confrontar os fatos que traduzem a conduta dos Estados Partes com as normas convencionais. Não há novidade.

Por seu turno, o dever de controle de convencionalidade atribuído aos juízes nacionais (controle de convencionalidade em sede interna) é uma simples decorrência do dever geral de observar as obrigações internacionais assumidas pelo Estado — *pacta sunt servanda*. Sua deflagração está ligada diretamente ao reconhecimento de omissão ou inoperância das demais esferas de poder do Estado de adequar a ordem interna à Convenção e de respeitar as obrigações convencionais contraídas. Não há aqui, igualmente, grandes inovações teóricas.

Portanto, apresentada a incompatibilidade entre o texto da Convenção IDH e a interpretação que lhe confere a Corte IDH e a dinâmica recursal brasileira no âmbito do foro por prerrogativa de função, faz-se mister, no próximo item, apresentar e discutir alguns elementos de harmonização jurisprudencial com vistas a uma adequada efetivação do direito internacional dos direitos humanos.

4.2 Foro por prerrogativa de função e duplo grau de jurisdição: elementos para uma compatibilização convencional

Como visto no início deste trabalho, apesar de a dogmática processual nacional atribuir especial relevância ao duplo grau de jurisdição, o entendimento consolidado entre nós é de que não se trata de uma garantia constitucional expressa e que, portanto, há de ceder nos casos em que os acusados gozariam da “imunidade processual relativa” do foro privilegiado, hipóteses em que, diante do favor constitucional (serem julgados originariamente por um órgão colegiado), seria legítima a relativa restrição nas prerrogativas recursais.

Esta flexibilização se concretiza entre nós a partir de duas restrições específicas: (1) a restrição na cognição dos recursos especial e extraordinário (impossibilidade de reapreciação do acervo probatório) e (2) a inexistência de instância recursal superior nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, apesar de sua ampla aceitação dentre nós, estas atenuações à garantia do duplo grau de jurisdição não são tidas pela Corte Interamericana como compatíveis com a garantia convencional insculpida no art. 8º, item 2, alínea “h”, como claramente demonstrado na análise dos casos acima citados.

Porém, como visto, em decorrência da obrigação internacional de observância das regras pactuadas (*pacta sunt servanda*) e em atendimento à garantia constitucional de aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º da Constituição de 1988), os órgãos judiciais não podem se furtar do dever (constitucional e convencional) de conferirem plena eficácia às garantias jusfundamentais

previstas em diplomas internacionais devidamente internacionalizados na ordem jurídica doméstica. Trata-se, pois, em última instância, de obrigação internacional reconhecida pela Corte Interamericana como controle de convencionalidade. Em outras palavras, do dever imposto aos juízes nacionais de remover os óbices legislativos (inclusive, decorrentes de omissão legislativa) que inviabilizam a plena eficácia das normas convencionais.

Antes, porém, de adentrar nas possibilidades de um controle de convencionalidade pelo Judiciário, cabe destacar que tramita no Senado Federal, desde 2013, a PEC 10/2013 que prevê a extinção do foro por prerrogativa de função nos crimes comuns. A proposta é bastante direta e retira de todo e qualquer tribunal do País a competência originária para o julgamento de qualquer autoridade acusada de crime comum, restando apenas a competência para julgamentos que versem sobre “crimes” de responsabilidade. Atualmente, 05/12/2016, a proposta, já aprovada na Comissão de Constituição e Justiça, encontra-se pronta para ser votada em Plenário.

Dito isso, passa-se à análise das possibilidades de controle de convencionalidade por parte do Poder Judiciário.

4.2.1 Recurso de apelação para o Tribunal Superior Eleitoral, para o Superior Tribunal de Justiça ou para o Supremo Tribunal Federal

Em relação às primeiras situações, ou seja, a inexistência de recurso que devolva ao tribunal superior cognição ampla sobre o caso julgado originariamente por órgão colegiado, deve-se colmatar a lacuna legislativa (de índole constitucional) e reconhecer a possibilidade de interposição de recurso ordinário contra decisões proferidas em ações penais julgadas em única instância pela instância *a quo*, tanto pelos tribunais estaduais e regionais (recurso a ser dirigido ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Superior Eleitoral), tanto pelo Superior Tribunal de Justiça (recurso ordinário a ser dirigido ao Supremo Tribunal Federal).

Neste caso, a autorização decorreria não de previsão

constitucional expressa, mas de obrigação imposta diretamente pela própria Convenção Americana de Direitos Humanos, que impõe não somente o dever de garantir a observância do duplo grau de jurisdição, mas que impõe ao Poder Judiciário a tarefa de conferir plena eficácia às normas convencionais.

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de enfrentar esta questão quando, em 29.03.2000, julgou o caso Jorgina de Freitas por meio do recurso ordinário em *habeas corpus* 79.785. A recorrente havia sido condenada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em sede de ação penal originária tendo em vista que um dos envolvidos no esquema criminoso era juiz de direito, portanto detentor de foro por prerrogativa de função. Inconformada com a decisão, interpôs “recurso inominado” (em verdade, almejando uma apelação) para o Superior Tribunal de Justiça, local em que foi liminarmente rejeitado, ensejando o recurso ordinário em *habeas corpus* para o Supremo Tribunal Federal.

Porém, quando do julgamento, o Tribunal além de fixar que em razão da engenharia constitucional que assegurava o foro por prerrogativa sem possibilidades recursais amplas seria inviável falar no reconhecimento do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional, ainda estabeleceu que no conflito entre a Constituição e a Convenção, prevalecia aquela. Inclusive, chega-se a intitular o item II da ementa da seguinte forma: “A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas”.

Em que pese não ser possível negar que a concepção acima exposta ainda possui muitos adeptos no Brasil, e que inclusive continua sendo a posição do Supremo Tribunal Federal²⁸, faz-se necessário um

28 Em sentido contrário à posição que o STF até o momento tem manifestado em questões de *status* dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, vale mencionar a posição do Ministro Celso de Mello ao desempatar questão de ordem sobre a admissibilidade de embargos infringentes no âmbito da Ação Penal 470. Na ocasião, o Ministro destacou a assunção, pelo Brasil, de compromisso perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a posição da CorteIDH sobre o tema, bem como que não poderia, o Brasil, alegar disposições de direito interno para se furtar à aplicação do direito convencional.

giro que reconheça a primazia da norma mais protetora, no caso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Importante frisar que na hipótese de aceitação de um recurso de apelação contra uma decisão proferida por Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal, Tribunal Regional Eleitoral ou mesmo pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de ação penal originária, além de se consagrar a garantia do art. 8º, 2, *b*, da Convenção, assegura-se ao acusado uma mais ampla esfera defensiva (art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), reforçando, pois, o teor substantivo da cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição de 1988).

Tal recurso teria os mesmos requisitos, pressupostos e dinâmica do recurso de apelação previsto nos arts. 593 a 603 do Código de Processo Penal brasileiro (CPP), sendo cabível contra qualquer decisão condenatória proferida em sede de ação penal originária. Por razões óbvias tal recurso não seria manejável pela acusação em qualquer hipótese. Quanto à dinâmica no Tribunal *ad quem*, seria perfeitamente possível, com os ajustes necessários, utilizar-se do disposto nos arts. 609 a 618 do CPP.

Desse modo, contra as decisões condenatórias proferidas em ação penal originária por Tribunais Regionais Eleitorais caberia apelação (ou recurso inominado: trata-se de simples questão terminológica) para o Tribunal Superior Eleitoral. Já as decisões condenatórias proferidas em sede de ação penal originária por Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais ensejariam o mencionado recurso para o Superior Tribunal de Justiça. Por fim, as decisões condenatórias proferidas em sede de ação penal originária pelo Superior Tribunal de Justiça ensejariam o citado recurso para o Supremo Tribunal Federal.

4.2.2 Recurso de apelação no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal

Se a questão referente à ampliação da cognição na via recursal pode ser resolvida através de integração legislativa pela via

hermenêutica, igual sorte não possui o problema suscitado pela previsão constitucional de julgamento originário pelo Supremo Tribunal Federal. A questão, necessariamente, depende de uma reflexão mais abrangente sobre o papel do duplo grau de jurisdição na ordem jurídica brasileira e sobre o papel do próprio Supremo Tribunal Federal.

Existem dois possíveis caminhos, ambos de *lege ferenda*. O primeiro, consiste em implementar uma reforma mais profunda que coloca em xeque o papel mesmo a ser desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional do país. Trata-se de esvaziar a competência constitucional do STF subtraindo-lhe a competência originária em matéria penal. O segundo, a ser implementado através de uma mudança no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que consiste em subtrair a competência para julgamento de processos criminais de competência originária do plenário da Corte, de forma tal que uma Turma pudesse atuar como instância de instrução e de julgamento e a outra turma como instância revisional.

Nessa última perspectiva, em sessão administrativa que precedeu a sessão de julgamentos de 28.05.2014, o Plenário do Supremo Tribunal Federal aprovou, por unanimidade, proposta de emenda ao Regimento Interno que, dentre outras medidas, transferiu do Plenário para as Turmas o julgamento das ações penais em que se apurem os crimes comuns supostamente praticados por algumas autoridades com foro por prerrogativa naquela Corte.

Com a entrada em vigor da ER 49/2014, passou a competir ao Pleno julgar, nos crimes comuns, tão somente: “o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, bem como apreciar pedidos de arquivamento por atipicidade de conduta”, conforme o art. 5º, I, do RISTF. Antes, o mesmo dispositivo incluía “os Deputados e Senadores” – e não só os Presidentes das duas Casas do Congresso –, além de “os Ministros de Estado”.

Ainda pela ER 49/2014, passou a ser competência das Turmas

do Supremo Tribunal Federal julgar, originariamente, “j) nos crimes comuns, os Deputados e Senadores, ressalvada a competência do Plenário, bem como apreciar pedidos de arquivamento por atipicidade de conduta; k) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, da Constituição Federal, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, bem como apreciar pedidos de arquivamento por atipicidade da conduta.”²⁹

A mudança operada pela ER 49/2014 não resolve o problema da compatibilização entre a dinâmica de julgamento de ações penais originárias pelo Supremo Tribunal Federal e a garantia do duplo grau inculpada no art. 8º, 2, *b*, da Convenção. A uma porque não há previsão de recurso de apelação de uma Turma para a outra; a duas porque algumas autoridades ainda continuam sujeitas a julgamento pelo Pleno.

De todo modo, a Emenda Regimental mostrou-se importante por demonstrar que é possível, sem alterar a Constituição, retirar a competência do Pleno para julgamento das ações penais originárias de competência da Corte. Feito isso, independentemente de qualquer previsão legal ou regimental – ainda que tais previsões fossem mais adequadas – cabe ao próprio Supremo Tribunal Federal exercer o controle de convencionalidade e, fazendo valer a garantia convencional ao duplo grau de jurisdição, inculpada no art. 8.2.h da Convenção e dando cumprimento aos arts. 1º (Obrigação de Respeitar os Direitos) e 2º (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) da Convenção, aceitar um recurso de apelação interposto de uma Turma para a outra, seja em sua composição original de cinco Ministros, seja em uma composição especial que inclua o Presidente do STF, o que exigira, no caso, quatro votos (maioria em órgão composto por seis julgadores) para a confirmação da condenação, o que, segundo a própria CorteIDH já seria suficiente para cumprir com a obrigação convencional, conforme se depreende do precedente *Liakat Ali*

29 Art. 9º, I, “j” e “k”, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Alibux VS. SURINAME Vs. Suriname, anteriormente analisado. Naquela ocasião, no parágrafo 98 da decisão, ainda que analisasse apenas e tão somente o caso concreto, a Corte, fazendo considerações gerais sobre o tema no continente americano, apontou, dentre outros, os seguintes artifícios utilizados por alguns países: (a) quando “[...] uma determinada Sala da Corte Suprema julga em primeira instância e outra Sala, de distinta composição, resolve o recurso apresentado” (o que hoje pode ser feito em se admitindo o recurso de uma Turma para a outra) e (b) “quando uma Sala composta por um número determinado de membros julga em primeira instância e outra Sala formada por um número maior de juizes do que os que participaram do julgamento de primeira instância, decida o recurso” (hipótese de outra Turma com o acréscimo do Presidente).

Por fim, naqueles casos em que ainda permanece a competência originária do Pleno do STF para o julgamento das ações penais originárias (Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente do Senado Federal), não existiria qualquer condição de compatibilização entre tal dinâmica e a interpretação dada pela CorteIDH ao art. 8.2.h da Convenção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por mais que do ponto de vista da política legislativa se possa estabelecer um debate sobre a pertinência da figura do foro por prerrogativa de função, ocorre que no âmbito do direito internacional dos direitos humanos não há problemas intrínsecos nessa opção tão adotada pelas atuais democracias constitucionais. Assim, o Brasil, valendo-se de sua soberania, pode decidir se e quais autoridades serão submetidas a julgamento por órgãos diferentes daqueles que apreciam originariamente os crimes cometidos pelo cidadão não detentor de foro por prerrogativa.

Contudo, ao mesmo tempo que tal opção abrange o âmbito soberano do País, a operacionalização do foro por prerrogativa de função, à evidência, deve submeter-se aos direitos e garantias de cunho

fundamental, sejam os previstos no texto constitucional, sejam aqueles decorrentes dos tratados e convenções dos quais o Brasil seja parte.

E quando tal harmonização não se mostrar presente, faz-se necessário recorrer aos canais de proteção dos direitos humanos para que o ruído seja silenciado. Nesse âmbito, o controle de convencionalidade adquire centralidade. Isso porque, como visto, a necessidade de realização do controle de convencionalidade, especialmente por parte do Poder Judiciário, decorre de obrigação internacional assumida pelo Brasil a partir do momento em que passa a integrar o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Nesses termos, considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece em seu art. 8º, item 2, alínea “h” a garantia ao duplo grau de jurisdição, bem como que a jurisprudência da Corte IDH nos dois casos acima apresentados é inequívoca no sentido de que a garantia não comporta mitigações, e tendo em vista que nenhum dos casos de foro por prerrogativa de função que se tem no Brasil permite um adequado exercício recursal, é mister que se trabalhe artifícios de compatibilização de nosso ordenamento com o disposto na Convenção.

Não se pode aceitar, frente a esse quadro, o silêncio que assola os manuais de processo penal de nosso País, que, ou afirmam que a própria Constituição pode excepcionar o duplo grau nos casos de foro, sequer citando a Convenção, ou então mencionam a Convenção sem avançar no debate ou, ainda, sem fazer qualquer menção às decisões da Corte IDH aqui apresentadas.

Ademais, não se pode admitir que o Supremo Tribunal Federal utilize um recurso parcial como são os embargos infringentes – julgados, destaque-se, pelos mesmos julgadores que proferiram a condenação – como exemplo de respeito ao duplo grau, como visto durante o julgamento da AP 470.

Desse modo, a primeira conclusão a que se pode chegar é de que a legislação nacional deve ser alterada, de forma que o respeito

à garantia do duplo grau de jurisdição se dê sem restrições. Uma adequada compatibilização envolveria, de um lado, a realização de reformas constitucionais (no sentido de prever a hipótese de recurso ordinário aos tribunais superiores, de forma similar ao que ocorre nos remédios constitucionais em que a segurança tenha sido denegada em única instância por tribunal); de outro, a remoção de óbices regimentais e regulamentares a ser empreendida especificamente no âmbito dos tribunais superiores.

No entanto, conforme defendido anteriormente neste artigo, a compatibilização do ordenamento jurídico interno não depende, exclusivamente, do desencadeamento de alterações legislativas (Emenda Constitucional e alteração na legislação processual correlata); mas a implementação das garantias convencionais pode ser realizada diretamente pelo próprio Poder Judiciário, por intermédio do exercício do controle de convencionalidade.

Como aqui proposto, a via da admissibilidade, nos casos de prerrogativa de foro, de um “recurso inominado” que faça as vezes de apelação, de competência do Superior Tribunal de Justiça (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais), do Tribunal Superior Eleitoral (Tribunais Regionais Eleitorais) ou mesmo do Supremo Tribunal Federal (Superior Tribunal de Justiça), afigura-se como medida conforme à Convenção que não se mostra expressamente vedada pela Constituição brasileira.

Por derradeiro, para que possa caminhar em direção a uma efetiva implementação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é imprescindível uma radical mudança de postura por parte dos órgãos judiciais brasileiros, notadamente da Corte Constitucional, para que passem a “levar a sério” o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, com especial atenção à jurisprudência da Corte Interamericana. O que não significa dizer que o judiciário doméstico deva recepcionar, irrestrita e irrefletidamente, a jurisprudência da Corte Interamericana como um autômato – fato este que não se compatibiliza com a noção de diálogo, senão de monólogo

—, mas que confira a ela um valor argumentativo (vinculação argumentativa), abandonando definitivamente sua impropria postura de recorrer a ela, somente quando conveniente, para corroborar seu discurso decisório (função retórica) por vezes sonegador de direitos humanos convencionais.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBANESE, Susana [2008] (coord.). **El control de convencionalidad**. Buenos Aires: Ediar, 2008.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano**: doctrina y jurisprudencia. 2. ed. Santiago: Librotecna, 2012.

GALVIS, María Clara; SALAZAR, Katya [2007]. **La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos por tribunales nacionales**. Washington D.C., jan. 2007. Disponível em: <<http://www.dplf.org/uploads/1191599742.pdf>>. Acesso em 25 set. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Sistema interamericano de direitos humanos e direito ao duplo grau de jurisdição no âmbito criminal. **Revista de derecho internacional y del mercosur**, v. 7, n. 5, p. 18-27, oct.2003.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **El debido proceso**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

FLEMING, Abel; VINALS, Pablo López. **Garantías del imputado**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini ; GOMES FILHO, Antônio Magalhães ; FERNANDES, Antônio Scarance . **Recursos no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

HITTERS, Juan Carlos. **¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)**. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 10, p. 131-156, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.iidpc.org/revistas/10/pdf/147_171.pdf>. Acesso em 10 set. 2010.

LONDONO LÁZARO, María Carmelina. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, ano LXIII, n. 128, p. 761-814, maio/ago. 2010. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3212723>>. Acesso em 20 mar. 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUCCHETTI, Alberto J. [2008]. Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad. *In*: ALBANESE, Susana (org.). **El control de convencionalidad**. Buenos Aires: Ediar, 2008. p. 131-162.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira [2009]. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C no. 206. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp.pdf. Acesso em 12 mar. 2013.

_____. **Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica**. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 02 de julio de 2004. Serie C no. 107. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em 12 mar. 2013.

_____. **Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam**. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C no. 276. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf. Acesso em 15 set. 2014.

_____. **Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche Vs. Chile)**. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C no. 276. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf. Acesso em 15 set. 2014.

PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade**. São Paulo: RT, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. Tratados internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano 2, n. 7, p. 81-100, abr./jun. 2003.

REY CANTOR, Ernesto. Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes. **X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**, Lima (Peru), 16-19 set. 2009. Disponível em: <<http://congreso.pucp.edu.pe/derechoconstitucional2009/docs/pdf/PONENCIAS-MESAS/MESA%201/REY%20CANTOR,%20Ernesto%20Colombia%20-%20Jurisdiccion...pdf>>. Acesso em 12 mar. 2013.

SAGÜES, Nestor Pedro [2010]. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, ano 8, n. 1, p. 117-136, 2010. Disponível em: <http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano8_1_2010/articulo_4.pdf>. Acesso em: 20 set. 2010.

SCHEPIS, Marcelo. La influencia de los tratados internacionales en el derecho interno. El control de convencionalidad. **XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal**. Buenos Aires, 11-13 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.procesal2009bsas.com.ar/ponencias-consti-proceso.html>>. Acesso em 25 set. 2010.

VILLANOVA, Marcelo [2010]. Sobre el control de convencionalidad: a propósito de las implicancias del control en el sistema de garantías. **Pensamiento Penal**, 2010. Disponível em: <<http://www.pensamienatopenal.com.ar/01072010/doctrina04.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

Capítulo 3

PLEITOS MAPUCHE: CONSTITUIÇÃO CHILENA ABERTA AO DIREITO INTERNACIONAL?

“Willipán, Willipán, un día recuperaremos nuestra tierra, Willipán”

Luiz Guilherme Arcaro Conci

Konstantin Gerber

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se apresentar a relação entre direito internacional e o direito constitucional chileno no que se refere aos direitos indígenas, sobretudo a casos envolvendo a etnia Mapuche, explorando as noções de bloco de constitucionalidade e bloco de convencionalidade. Para tanto, traçamos breve histórico da questão agrária mapuche e de como as minorias estão tratadas na Constituição do Chile. Há pendentes reformas constitucionais e o país vive atualmente dilema constituinte. Muitos Mapuche são processados acusados de terrorismo, o que desperta a pergunta de se estar entre o Estado de exceção de fato e o Estado de exceção de direito em certas regiões do Chile. Nosso objetivo é percorrer alguns parâmetros interamericanos relativos aos direitos dos povos originários, como o direito de reconhecimento de terra comunal, para comentarmos alguns casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2 RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL

A Constituição do Chile, reformada em 1989, estabelece em seu art. 5º, inc. 2º:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los

derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y proveer tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

No que respeita à população originária, duas sentenças da Corte Suprema merecem ser referidas para o respeito do direito de consulta prévia:³⁰ a primeira envolvendo uma ação de proteção interposta pela Comunidade Indígena Antu Lafquén de Huentetique em face da Comissão Regional do Meio Ambiente da Região de Lagos, que havia sido favorável ao Parque Eólico Chiloé, oportunidade em que se afirmou que a decisão era ilegal ao não se aplicar a consulta da Convenção 169 da OIT; e a segunda, uma ação de proteção proposta pela Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacamenos y la Comunidad Atacameña Toconao em face de uma resolução da Comissão Regional do Meio Ambiente da Região de Antofagasta, que havia sido favorável a um plano regulador da comuna de San Pedro de Atacama.

Disse a Corte Suprema, nesta:

(...) esta Corte brindará la cautela requerida, en razón que para la aprobación de la modificación del Plan Regulador de San Pedro de Atacama, era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio n. 169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido. (NASH; NÚÑEZ, 2014, p. 159)

O Estado chileno aprovou a Convenção 169 da OIT, por meio de seu parlamento, em 2007, ratificou em 2008, entrando em vigor em 15 de setembro de 2009. Ademais, estão por lá vigentes: Convenção Internacional sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais; e Convenção para prevenção e sanção do genocídio (VINAS, 2005, p. 4).

O Comitê para eliminação da discriminação racial da ONU em exame dos informes periódicos apresentados pelo Estado chileno

30 Corte Suprema, Rol 258-2011, de 13 de julho de 2011; e Rol 10090-2011, de 22 de março de 2012.

recomendou que o Estado utilizasse todos os meios ao seu alcance para conscientizar a população sobre os direitos dos povos indígenas e das minorias nacionais ou étnicas (AGUILLAR *et alli*, 2011, p. 97).

O Comitê de direitos humanos, o Comitê de direitos dos direitos das crianças e o relator da ONU sobre direitos humanos e liberdades fundamentais dos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, em informe de visita ao Chile, recomendaram que os povos indígenas fossem reconhecidos constitucionalmente (AGUILLAR *et alli*, 2011, p. 94).

De acordo com Liliana Galdámez Zelada (2013, pp. 621-622), o Tribunal Constitucional do Chile, em caso envolvendo a Lei de Pesca e Aquicultura, rompeu com os critérios de normas auto-aplicáveis dos tratados internacionais de direitos humanos, reiterando que a partir dos artigos 5, 32 n. 17, 54 n. 1 da Constituição do Chile não se podia reconhecer hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, nem mesmo quando estes fossem referidos em conexão aos direitos essenciais emanados da natureza humana, considerando-os de validade infraconstitucional. Conforme havia exarado o Tribunal Constitucional na Sentença Rol n. 309:

Siendo así, en cada caso particular deberá previamente decidirse por este Tribunal si las disposiciones del tratado son o no autoejecutables y, por ende, si quedarán incorporadas, sin necesidad de outro acto de autoridad, al derecho interno. Sólo en el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe – em esta instancia jurisdiccional – pronunciarse sobre su constitucionalidad (GALDÁMEZ ZELADA, 2013, p. 626).

De acordo com esta sentença, o direito à consulta prévia pode ser considerado auto-aplicável em duas hipóteses: consulta em matérias legislativas e administrativas, considerando que a Convenção 169 da OIT modificou a *Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional*; e consulta em matéria de políticas públicas, por meio da participação na formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento, que os afete diretamente, entendendo-se que a Convenção 169 da OIT modificou a Ley n. 19.175 (*Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional*) (GALDÁMEZ

ZELADA, 2013, p. 627).

Nada obstante, em casos posteriores (Roles ns. 2387 e 2388), o conteúdo que seria auto-aplicável não é, em realidade, tão auto-aplicável assim, pois houve alteração da jurisprudência:

El carácter autoejecutable no supone que las normas ingresen directamente en el ordenamiento interno. Lo que ocurrirá en el caso de normas autoejecutables, según criterio del TC, es que surgiría, una vez ratificado el tratado, la obligación para el legislador de dar desarrollo normativo, pero mientras dicho desarrollo nos se produzca, las normas del tratado no serían de directa aplicación (GALDÁMEZ ZELADA, 2013, p. 628).

Portanto, a questão do direito à consulta prévia foi conceitualmente caracterizada como hipótese de omissão legislativa. Mas como a própria autora assinala, tendo por base a jurisprudência constitucional, a questão pode se resolver não pela via do questionamento da hierarquia constitucional dos tratados, mas pelo questionamento sobre as fontes de direitos fundamentais, sem dizer das implicações de responsabilidade internacional por parte do Estado chileno.

Há quem entenda que a solução seria a edição de lei ou de emenda constitucional para a previsão da consulta prévia indígena (MILLALEO, 2014, p. 93). Os mapuche opõem-se a megaprojetos, dentre os quais destacam-se as hidrelétricas.

3 BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE E BLOCO DE CONVENCIONALIDADE

Humberto Nogueira Alcalá (2010, p. 93) qualifica o bloco de constitucionalidade da seguinte maneira:

Por bloque constitucional de derechos fundamentales entendemos el conjunto de derechos de la persona (atributos que integran los derechos y sus garantías) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del texto constitucional o por vía del artículo 29, literal c, de la CADH.

Referido autor percorre julgados do Tribunal Constitucional

chileno, para fundamentar a noção de bloco de constitucionalidade no princípio da dignidade humana (art. 1º, inciso 1º, Constituição do Chile): “la calidad de ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, por que ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados” (NOGUEIRA ALCALÁ, 2010, p. 85).

Por bloco de convencionalidade, pode-se compreender a aplicação conjunta da Convenção Americana e sua interpretação conferida pela jurisprudência interamericana, o que pode ser aprofundado por meio da interpretação dos Tribunais Constitucionais, por meio do chamado controle difuso de convencionalidade (controles de convencionalidade interno ou nacional).

Miriam Lorena Henríquez Vinas (2005, p. 20) sustenta a necessidade de reinterpretar artigos da Constituição chilena, de modo que o princípio da igualdade (art. 19 n. 2) não redunde em discriminação.

O art. 1º (dignidade) poderia ser interpretado de modo a abarcar os povos indígenas quando utiliza a expressão “corpos intermediários”, em especial em seus incisos 3º e 4º poderiam interpretados no que se refere à “maior realização espiritual e material possível” e “integração harmônica de todos os setores da nação” para um sentido de respeito aos direitos coletivos, o que não é isento de polemicas, ao se reivindicar a expressão “povo” pelos originários.

4 BREVE HISTÓRICO DA QUESTÃO AGRÁRIA MAPUCHE

Mapuche significa “gente de la tierra”. O que ocorre no Chile, desde o século XIX, é um processo de redução de terras e contínuo parcelamento das terras abaixo do rio Bío Bío, a antiga fronteira, um processo de empobrecimento forçado dos mapuche, sendo que hoje a maioria reside em cidades.

Durante el proceso de reducción, se entregaron un total de 2.918 Títulos de Merced para 82.629 personas, es decir, 6 hectáreas (ha)

para cada mapuche. Em su totalidad, ello se tradujo en 510.386 ha para el Pueblo mapuche en su conjunto. No obstante, según el Censo de 1907, la población mapuche era de 110.000, quedando alrededor de 30.000 personas sin tierra (PADILLA, 2014, p. 38).

O processo de redução e expulsão concretiza-se com o golpe de Estado, com o Decreto Ley 2.468 de 1979, que dividiu os títulos de *Merced* em propriedades individuais. Isso permitiu a venda de terras dos mapuche e a divisão interna das chamadas reduções (PADILLA, 2014, p. 45).

Outros decretos-lei poderiam ser mencionados. Ainda que o Chile tenha vivido curto período de reforma agrária, os terrenos foram restituídos aos antigos proprietários com o golpe de Estado. Atualmente, o país conta com um a lei para assuntos indígenas (Ley 19253 de 1993), que conta com um fundo de desenvolvimento indígena para, entre outras finalidades, financiar as restituições de terras.

5 MINORIAS NA CONSTITUIÇÃO DO CHILE: OS PLEITOS MAPUCHE

Miriam Lorena Henríquez Vinas (2005, p. 128) aponta que a questão indígena necessita uma “estratégia múltipla”:

En el ámbito político, se requiere el fortalecimiento de los mecanismos autónomos para la toma de decisiones; el robustecimiento de las formas de organización y liderazgos tradicionales; la generación de mecanismos de representatividad a nivel local, regional y nacional; la creación de entes con participación indígena que fomenten, coordinen y dispongan de medios para el etnodesarrollo. En el ámbito económico, se hace necesaria la reformulación de los sistemas tradicionales de cultivos, de los sistemas de aprovechamiento de las aguas; la creación de microempresas; la capacitación bilingüe y el desarrollo de las manifestaciones culturales propias. En el ámbito normativo, se torna imprescindible el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas, carácter originario, identidad propia, cultura y la propiedad sobre las tierras, entre otras cuestiones.

Gonzalo Aguilar, Sandra Lafosse, Hugo Rojas e Rébecca Steward (2011, pp. 89-90) elencam os pleitos por: reconhecimento

expresso da expressão povos indígenas na Constituição; reconhecimento da diversidade cultural da sociedade indígena; do direito à livre determinação dos povos indígenas; dos direitos coletivos; dos territórios indígenas e do parlamento indígena.

6 AS PENDENTES REFORMAS CONSTITUCIONAIS E O DILEMA CONSTITUINTE

De se ressaltar a incompleta transição democrática do Chile. O acordo da “Nueva Imperial” de dezembro de 1989 entre mapuche e Patricio Aylwin foi barrado nas comissões parlamentares (PADILLA, 2014, p. 72). Tratava-se de um projeto de reforma constitucional. Desde 1990, foram apresentados seis projetos de reforma constitucional para garantir direitos indígena, sem nenhuma aprovação (AGUILLAR *et alli*, 2011, p. 88).

As eleições presidenciais de 2013 foram ganhas por Michelle Bachelet com as propostas de que o Chile necessitava de uma nova constituição, com expansão dos direitos individuais e coletivos e mais participação cidadã. Uma ampla reforma encontra óbices no art. 127 da Constituição chilena, que prevê os procedimentos de reforma. Ainda que uma assembleia constituinte pudesse ser constituída por meio de emendas constitucionais, Gabriel L. Negretto (2015) não vislumbra esta possibilidade em face da chamada direita política e os setores econômicos relacionados a esta.

O autor assinala que caso o congresso assumira o papel de uma legislatura constituinte, poderia, então, ser criada uma assembleia consultiva cidadã, uma conferencia nacional ou uma comissão constitucional representativa de diferentes setores (NEGRETTO, 2015).

7 PARÂMETROS INTERAMERICANOS PARA DIREITOS DOS POVOS ORIGINÁRIOS: TERRA COMUNAL E IDENTIDADE ÉTNICA

Ainda que o Chile tenha em seu ordenamento jurídico a possibilidade de restituição de terras, o procedimento de direito interno

para reivindicação de terras não pode ser “abertamente inefetivo”, nos termos do parágrafo 102 do do Caso Comunidad Indígena Sa-whoyamaya Vs. Paraguay.

Os parâmetros interamericanos para a propriedade comunal encontram-se no parágrafo 128:

1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.

De acordo com esta sentença, existe um direito de recuperar terras ou, na impossibilidade, um direito a terras alternativas de igual extensão e qualidade, conforme o parágrafo 135, assegurando-se a consulta prévia a respeito.

8 O CASO NORÍN CATRIMÁN Y OTROS (DIRIGENTES, MIEMBROS Y ACTIVISTAS DEL PUEBLO INDÍGENA MAPUCHE) VS. CHILE

Aponta-se o incidente de 31 de novembro de 1997, com incêndio de três caminhões da empresa florestal Arauco como o início da radicalização da luta mapuche, que passou também a realizar retomada de terras (PANDILLA, 2014, p. 98). O Presidente Ricardo Lagos conduziu sua “operação paciência” e a lei anti-terrorismo voltou a ser aplicada em diversos incidentes nos anos 2000 e seguintes, soblevando realçar a prática dos testemunhos anônimos (sem rosto).

Em 2014, sobreveio condenação ao Estado chileno por não assegurar uma série de garantias penais, determinando-se a adequação da lei ao princípio da legalidade. A Corte entendeu que a aplicação do tipo penal contido na Ley n. 18.314 ofendia o art. 9 da Convenção Americana, pois se presumia a finalidade de produzir o temor na população em geral o delito cometido mediante artifícios incendiários. Conforme os parágrafos 170 e 171, entendeu-se que tanto o princípio da legalidade, como o da presunção de inocência restaram violados.

9 REFERÊNCIAS

9.1 BIBLIOGRÁFICA E DOCUMENTAL

AGUILAR, Gonzalo; LAFOSSE, Sandra; ROJAS, Hugo; STEWARD, Rébecca. **Justicia constitucional y modelos de reconocimiento de los pueblos indígenas**. México: Porrúa, 2011.

CHILE. Corte Suprema. Rol 10090-2011, de 22 de março de 2012.

CHILE. Corte Suprema. Rol 258-2011, de 13 de julho de 2011

GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. Comentario jurisprudencial: la consulta a los pueblos indígenas en la sentencia del tribunal constitucional sobre ley de pesca roles ns. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT, acumulados. **Estudios Constitucionales**, Santiago, Universidad de Talca, a. 11, n. 1, p. 621-632, 2013. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000100018.

MILLALEO, Salvador. Gobernar consultado? Análisis comparativo respecto de los problemas en relación a las bases y objetos de la consulta indígena (Convenio 169) en los reglamentos aprobados en Chile. In: LINARES, Braulio Cariman *et. ali* (Coord.) **Chile Indígena: desafíos y oportunidades para un nuevo trato**. Santiago: El Buen Aire, Fundación Chile 21, 2014.

NASH, Claudio; NÚÑEZ, Constanza. Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2011-2012). In: BAZÁN, Victor. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. n. 4: Pluralismo jurídico. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

NEGRETTO, Gabriel L. Procesos constituyentes y refundación democrática. El caso de Chile en perspectiva comparada. **Revista de Ciencia Política**, Santiago, v. 35, n. 1, 2015. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-090X2015000100010

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina. **Revista de Derecho**, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung; Universidad Católica del Uruguay, n. 5, 2010.

PADILLA, Fernando Pairican. **Malon: Rebelión del movimiento mapuche: 1990-2013**.

Santiago: Pehuén, 2014.

VINAS, Miriam Lorena Henríquez. Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional pendiente. In: ZUNIGA URBINA, Francisco (Coord.) **Reforma constitucional**. Santiago: Lexis Nexis, 2005.

WALDMAN M., Gilda. Hacia una “identidad nacional” mapuche. **Casa Del Tiempo**, Universidad Autonoma Metropolitana, Seccion Apuntes, v. 36, p. 71-76, mar. 2002. Disponível em: <http://www.uam.mx/difusion/revista/mar2002/waldman.pdf>

9.2 FILMOGRAFIA

BENAVENTE, David (Direção) *Raíz de Chile: Mapuche, Aymara. Taller de comunicaciones*. Chile, ABVP: 1991.

VARELA, Elena. *Newen Mapuche*. Ojofilm Productora, Chile: 2011.

Capítulo 4

UM NÃO-DIREITO A MIGRAR: POLÍTICAS DOS ESTADOS DE COMBATER FLUXOS MIGRATÓRIOS DENEGANDO DIREITOS A REFUGIADOS

Danielle Annoni

David Fernando Santiago Villena Del Carpio

1 INTRODUÇÃO

As migrações humanas são tão antigas quanto a humanidade. Algumas delas acontecem por razões econômicas, ambientais ou de violência e perseguição. Ainda que este fenômeno seja antigo é somente depois da Segunda Guerra Mundial que a comunidade internacional decidiu codificar quais as situações pelas quais uma pessoa passa a ser considerada refugiada. Assim, assinou-se em 1951 a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados (a Convenção de 1951), dados os fluxos migratórios ocasionados pela guerra. A característica mais ressaltante da Convenção era sua limitação temporal e geográfica. Neste sentido, o artigo 1 manifesta o seguinte

2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele

...
§2.

a) “acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa.

Do texto acima citado pode-se aferir que a proteção oferecida atingia de forma direta os fluxos de refugiados ocasionados pela Segunda Guerra Mundial, especificamente, os vindos da Europa, tais como judeus ou contrários aos regimes comunistas. Esta definição restritiva foi modificada em 1967 pelo Protocolo Adicional, o qual indica

Artigo 1

...

§2. Para os fins do presente Protocolo, o termo “refugiado”, salvo no que diz respeito aplicação do §3 do presente artigo, significa qualquer pessoa que se enquadre na definição dada no artigo primeiro da Convenção, como se as palavras “em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e...” e as palavras “...como consequência de tais acontecimentos” não figurassem do §2 da seção A do artigo primeiro.

Desta forma, ampliou-se a definição de refugiado, alterando as restrições de tempo e espaço, dado que a nacionalidade do imigrante era irrelevante para determinar sua condição de refugiado. Porém, depois dos ataques terroristas aos Estados Unidos em setembro de 2001, os Estados membros da Convenção de 1951 passaram a criticar avidamente o regime dos refugiados. A partir desta data, os refugiados passaram a ser percebidos como ameaça à segurança nacional, devido à ameaça terrorista. Uma política cada vez mais restritiva dos Estados em relação aos refugiados, fez ressurgir com força a atuação de coyotes e grupos de tráfico de pessoas, o que, conseqüentemente, facilitou o argumento estatal de rotular todos os solicitantes de refúgio como potenciais terroristas, ampliando ainda mais as restrições de ingresso e denegando direitos reconhecidos na Convenção de 1951.

Neste sentido, o presente trabalho se propõe analisar a situação atual do regime internacional de refúgio e quais as medidas adotadas pelos Estados, sobretudo europeus, em relação ao crescente fluxo migratório. Pretende-se ainda analisar, como uma possível resposta por

parte da comunidade internacional, a aplicação da Responsabilidade de Proteger (R2P, pela sua sigla em inglês) ao contexto, destacando também suas limitações.

2 A ERA DO TERROR: DE 2001 ATÉ 2016

Como resultados dos ataques terroristas aos Estados Unidos, muitos Estados adotaram políticas cujo objetivo é impedir fluxos migratórios (neste caso, possíveis refugiados), políticas encaixadas dentro da Guerra ao Terror (CLARK; SIMEON, 2014, p. 4) declarada pelo bloco ocidental. Deste modo, “os refugiados passaram de ser uma categoria de pessoas protegidas no final da Segunda Guerra Mundial a ser discriminados dentro do contexto da migração internacional irregular (KNEEBONE, 2009, p. 5). Portanto, se nos primeiros anos depois da Segunda Guerra Mundial, era prioritário o reassentamento dos refugiados nos Estados de destino, agora prefere-se a repatriação ao Estado de origem, por ser uma solução durável (KNEEBONE, 2009, p. 17).

Existem três dificuldades que têm os refugiado o uma vez que saem dos seus países: Primeiro, o fechamento de fronteiras por parte dos Estados de destino (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2004, p. 22). Segundo, incremento da intolerância, xenofobia, agressões ou tensões étnicas contra os solicitantes de refúgio (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2004, p. 22). Por último, as violações aos direitos humanos nos seus Estados de origem continuam ocorrendo (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2004, p. 22).

É importante salientar que os Estados de destino devem respeitar dois princípios fundamentais na proteção aos refugiados: *non-refoulement*, pelo qual os refugiados não podem ser devolvidos ao lugar onde estão sofrendo perseguição; e a não discriminação no momento de oferecer proteção aos refugiados. No entanto, no documento *Measuring Protection by Numbers*, indica-se que “em 2005, a incidência sobre a devolução de refugiados foram reportadas aproximadamente 50% pelos escritório do Alto Comissariado das Nações

Unidas para os Refugiados [ACNUR]” (ALTO COMISSARIADOS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, 2006b, p. 1).

Do mesmo modo, existem motivos reais de preocupação “quando uma opinião no *Washington Post* discorreu sobre a necessidade de prevenir os fluxos fronteiriços de ‘pessoas perigosas’, as quais foram qualificadas como membros de milícias, invasores estrangeiros, terroristas e refugiados” (ALTO COMISSARIADOS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, 2006b, p. 3).

Essas críticas não são exclusivas de instituições particulares, mas também dos próprios países assinantes da Convenção de 1951. Neste sentido, se durante a Guerra Fria era mais fácil aceitar refugiados com cultura semelhante ao Estado de destino e preencher a necessidade de mão-de-obra, agora a situação mudou, pois, como indica o ACNUR

após o fim da Guerra Fria, muitos países consideraram os refugiados como um carga. Além disso, desde os ataques de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos, a preocupação pela segurança do Estado dominou os debates sobre as migrações, ofuscando as necessidades legítimas de proteção dos indivíduos (2006a, p. 1).

Neste sentido, os governos consideram a instituição do refúgio como uma porta aberta que permite o ingresso de imigrantes, constituindo ameaça à segurança nacional. Portanto, tem se desenvolvido duas tendências negativas. A primeira

é uma aplicação restritiva da Convenção e seu Protocolo de 1967, tendo como resultado o incremento das apreensões e exclusões... A segunda é uma proliferação de mecanismos alternativos de proteção que garantem menos direitos dos garantidos pela Convenção [de 1951] (ALTO COMISSARIADOS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, 2006a, p. 2).

Por estes mecanismos os refugiados são levados a outros Estados de destino. Devido a estas tendências negativas, os possíveis Estados de destino enxergam as vítimas como se fossem criminosos e não focam sua atenção nas causas que dão origem ao fenômeno da imigração forçada.

Um caso importante sobre o trato recebido pelos Estados desenvolvidos é o caso Tampa. O navio Tampa, norueguês, resgatou 438 afegãos em águas indonésias, levando-os dentro de águas territoriais australianas. No entanto, o governo australiano negou o pedido de refúgio, indicando que esses afegãos representavam um perigo para o país (DAUVERGNE, 2008, p. 51-52). Contudo, até esse momento, tinha sido aceite o pedido de refúgio de 85% de afegãos que agora eram considerados imigrantes ilegais.

Para sair desta situação desconfortável, o governo australiano assinou a chamada “Solução Pacífica”, pelo qual a Austrália tinha acordos com a Nova Zelândia, Papua Nova-Guiné e Nauru para que aceitem estes refugiados. Em troca, “estes acordos ofereciam uma forte soma de dinheiro a Papua Nova-Guiné e Nauru, os quais não tinham um sistema para atender os pedidos de refúgio” (DAUVERGNE, 2008, p. 52).

A importância deste caso é que, ainda que a Austrália representa uma pequena porcentagem na recepção de refugiados, influenciou para que outros Estados adotassem medidas parecidas. Neste sentido, a Austrália modificou seus procedimentos legais, excluindo algumas ilhas da jurisdição dos direitos dos refugiados. Desta forma, essas ilhas que representavam uma entrada fácil para os refugiados agora tinha o status de além-mar. Assim, “os imigrantes que chegavam a estas ilhas não podiam pedir vistos como o faria qualquer outro refugiado” (JAMES, 2014, p. 209).

Assim também, os Estados Unidos incrementaram seu orçamento para o controle de fronteiras, de \$1700 milhões em 2005 a \$3600 para 2010. Entre outras medidas de segurança, a administração norte-americana tirou foto de 113 milhões de pessoas que cruzavam a fronteira entre 2004 e 2008 (JAMES, 2014, p. 211). Seguidamente, o Reino Unido tentou analisar os pedidos de refúgio fora do seu território (DAUVERGNE, 2008, p. 59). No Canadá, as leis tornaram-se mais rígidas para aquelas pessoas que ingressaram com ajuda de traficantes de pessoas (como os *coiotes* na fronteira México-Estados

Unidos). Igualmente, restringiu-se o direito de apelação em várias áreas da sua jurisdição (DAUVERGNE, 2008, p. 63). Deste modo, devido ao “incremento da legislação nacional, a qual torna mais difícil o cruzamento de fronteiras de determinadas pessoas, o número de aqueles, definidos tecnicamente como refugiados, caiu em um terço” (JAMES, 2014, p. 215). Ainda assim, esta queda no número de solicitantes de refúgio não significa uma melhoria nas suas condições de vida, pelo contrário, essas políticas provocam o incremento de deslocados internos.

No caso da Austrália, esse Estado desviou-se do espírito da Convenção de 1951. Em primeiro lugar, sua negativa para receber possíveis refugiados, neste caso, população afegã que não queria retornar à Indonésia. Em segundo lugar, a exclusão de parte do seu território do Regime Internacional dos Refugiados, como se neste território não exercesse sua soberania. Por último, uma delimitação da população que pode ser considerada perseguida, neste caso, a população afegã, por, supostamente, representar uma ameaça à nação (DAUVERGNE, 2008, p. 57-58).

Em consequência do caso Tampo, em 2002 a Organização Marítima Internacional (OMI) adotou uma resolução em relação ao trato de pessoas resgatadas além-mar. Desta forma, “o governo responsável pela segurança marítima e resgate na Zona de Segurança e Resgate onde os sobreviventes foram salvados é responsável por encontrar um lugar seguro para eles” (CLARK; SIMEON, 2014, p. 17).

Outro problema é que alguns países, como a Turquia, permanecem nas antigas definições geográficas de origem dos refugiados, pelo qual só aceitam àqueles vindos de países europeus (ALBORZI, 2006, p. 156). Isto é, no caso atual dos sírios que fogem da violência do ISIS³¹ (Islamic State of Iraq and Syria, pelo seu nome em inglês)

31 Este grupo terrorista também é conhecido como “Islamic State of Iraq and the Levant” (ISIL) ou simplesmente como “Estado Islâmico”. O objetivo do ISIS é o estabelecimento de um Califado moderno (daí vem o nome de “Estado”), onde, tanto a vida pública quanto a privada, ficariam sob uma única interpretação da Sharia, tornando-se, desta forma, em direito estatal (SALTMAN; WINTER, 2014, p. 6).

ou da violência da guerra civil que começou em 2012, eles não encontrariam refúgio na Turquia (sendo este um país vizinho e natural destino dos refugiados sírios), pois não vêm de nenhum país europeu.

Como indica Kelley, os países industrializados desenvolvem políticas rígidas contra o ingresso de imigrantes como restrições de vistos e penalidades pelo uso de documentos falsos; interceptação em portos estrangeiros; interceptação no mar³²; negativa para pedir refúgio; declarando que o Estado de origem dos solicitantes de refúgio é seguro; prazos para apresentação de documentos curtos; direitos de apelação limitados; acordos de readmissão; apreensão; travas para conseguir emprego ou serviços sociais (KELLEY, 2007, p. 420-432).

No entanto, as democracias liberais fazem distinções entre os próprios refugiados, dado que prefere aqueles refugiados que beneficiam ao mercado ou contribuem ao interesse nacional (JAMES, 2014, p. 212). Neste sentido, são bem-vindos aqueles portadores de títulos universitários ou possuidores de capital com capacidade de investir no desenvolvimento do país, excluindo pessoas que representam mão-de-obra barata e cujo aporte não tem impacto na economia nacional.

Esta diferenciação entre aqueles que aportam ao mercado e aqueles cujo aporte não é tão importante gera diferenças no trato dado pelo Estado. Assim, pode-se falar de os *cidadãos* e os *outros*. Desta forma, os *cidadãos* tem licença para cruzar as fronteiras e têm a proteção do Estado. Nesta categoria estão inclusos tanto os imigrantes documentados quanto os turistas (JAMES, 2014, p. 214). Por outra parte, os *outros* são aquelas pessoas que entraram de forma irregular ao país ou o prazo de estadia expirou ou foram afetados por mudanças na legislação sobre residência (JAMES, 2014, p. 214).

Mesmo assim, “prevenir a imigração ilegal é quase impossível

32 Dadas as travas encontradas pelos imigrantes, umas das rotas para entrar ilegalmente na Europa é pela via marítima, neste caso, saindo desde Líbia até chegar à ilha italiana de Lampedusa. Este trajeto é perigoso, pelo qual tem se informado de vários naufrágios. A tragédia mais ressaltante aconteceu em 19 de abril de 2015, quando mais de setecentos imigrantes morreram afogados antes de chegar às costas de Lampedusa. Segundo estimações do ACNUR, no decorrer deste ano, mais de 1600 pessoas morreram e em 2014 foram 3500 mortos (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, 2015).

e para estar próximos ao controle total das fronteiras podem ser necessárias atividades draconianas difíceis de contemplar para qualquer Estado liberal” (DAUVERGNE, 2008, p. 157). Assim também, a autora afirma que para alguns doutrinadores o controle da imigração por parte dos Estados é uma tarefa impossível dado o grande avanço dos direitos humanos (DAUVERGNE, 2008, p. 162).

Contudo, em 2013, 13 países³³ assinaram a Declaração de Jakarta sobre o movimento irregular de pessoas. Esta Declaração visa a proteção de aquelas pessoas que foram traficadas ou que entraram de forma irregular a qualquer Estado membro. Nesse sentido, houve também novas adesões à Convenção de 1951, como o caso de Nauru em 2011.

Por outra parte, o ACNUR promoveu várias reuniões conhecidas como Convenção Plus. A Convenção Plus tinha como objetivo acrescentar o compromisso dos Estados doadores com os Estados de destino, de preferência aqueles pertencentes à região do Estado de origem dos refugiados, assim como procurar soluções duráveis (BETTS; LOESCHER; MILNER, 2012, p. 66). O objetivo da Convenção Plus era “focar a energia e recursos financeiros adicionais sobre o problema de proteger aos refugiados nos fluxos migratórios mistos, visando compartilhar responsabilidades assim como a procura de soluções duráveis” (CLARK; SIMEON, 2014, p. 20). No entanto, a Convenção Plus fracassou, em parte, dada à polarização entre os países do Norte Global (industrializados) e os do Sul Global (aqueles que têm a maior quantidade de refugiados no mundo) (BETTS; LOESCHER; MILNER, 2012, p. 66). Assim também, dificuldades orçamentárias dentro do ACNUR provocaram que a Convenção Plus não atinja os resultados desejados (CLARK; SIMEON, 2014, p. 22).

Outro problema atual no regime dos refugiados é que os agentes do Estado de destino têm dúvidas no momento de determinar o status daqueles solicitantes de refúgio, pois a Convenção

33 Afeganistão, Austrália, Bangladesh, Camboja, Indonésia, Malásia, Myanmar, Nova Zelândia, Paquistão, Papua Nueva Guiné, Filipinas, Sri Lanka y Tailândia

de 1951 e o Protocolo não respondem ao panorama atual. Nesse sentido, é necessária uma nova reformulação sobre quem é refugiados, o que será visto a seguir.

3 O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS EM RISCO

Quando existem dúvidas em relação ao status de refugiado, muitas vezes os organismos de decisão têm que fazer juízos de valor subjetivos para decidir quais situações podem ser consideradas como perseguição. Além disso, esta perseguição tem que provocar temor razoável no solicitante de refúgio para não querer voltar ou não aceitar a proteção do seu Estado de origem. Estas perguntas surgem dado que, quando foi assinada a Convenção de 1951 e, posteriormente, o Protocolo, entendia-se por refugiado aquele perseguido político que não simpatizava com as políticas do governo, especialmente aqueles do leste europeu (ALBORZI, 2006, p. 173). No entanto, exceto a Convenção da União Africana de 1969³⁴, a definição de refugiado não mudou. Desta forma, atualmente não se fala sobre refugiados políticos do leste europeu como principal grupo que solicita refúgio, mas de fluxos de pessoas que migram por razões menos políticas e mais humanitárias. Devido a que os solicitantes de refúgio traspassam de forma massiva as fronteiras, a diferença dos refugiados políticas cujo movimento é individual, o Estado de destino encontra-se impossibilitado de atender seus pedidos de forma correta ou prestar socorro. É assim que muitos “Estados têm se achado em situações dramáticas, enfrentando centos de milhares de refugiados sem abrigo, comida, facilidades sanitárias ou de segurança” (ALBORZI, 2006, p. 174).

No mesmo sentido, a Convenção de 1951 não estabelece procedimentos sobre como os Estados têm que reagir perante os fluxos

34 A referida Convenção amplia o termo de refugiado “a toda pessoa que, por causa de uma agressão exterior, uma ocupação ou dominação estrangeira, ou acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública em uma parte ou na totalidade do seu país de origem, ou da sua nacionalidade, seja obrigada a deixar sua residência habitual para procurar refúgio em outro lugar fora do seu país de origem ou da sua nacionalidade”. Ver Convenção da OUA que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados em África.

massivos de refugiados. Um caso especial foi o êxodo húngaro de 1956, onde o ACNUR não aplicou a determinação individual de refugiado e reconheceu a todo húngaro que quisesse sair do país como refugiado (ALBORZI, 2006, p. 175). Da mesma preocupação é Millbank, quem afirma que o problema da Convenção de 1951 e do Protocolo é que não oferece proteção aos refugiados até eles alcançarem um Estado membro; não existe mecanismo que garanta um retorno seguro para o país de origem; não tem um mecanismo para prevenir os fluxos massivos de imigrantes, assim como não leva em conta a capacidade de recepção do Estado de destino (MILLBANK, 2000).

Por estes problemas, muitos países industrializados questionam as obrigações impostas tanto pela Convenção de 1951 quanto pelo Protocolo, estabelecendo políticas como a repatriação ou a negativa no pedido de refúgio. Neste sentido, o problema está em colocar toda a carga nos Estados de destinos (HATHAWAY, 1998, p. 1).

Dentro destas políticas agressivas contra os refugiados, a que tem maior aceitação é a do terceiro país seguro, cujo caso mais importante foi o de Tampa. Essa política surgiu quando um grande número de solicitantes de refúgios encontravam-se na Europa e o sistema europeu de refúgio podia colapsar. Através dessa política, um Estado pode enviar aos solicitantes de refúgio a outro país com o qual assinou acordos desta matéria, garantindo que o solicitante encontrará refúgio e receberá proteção de acordo à Convenção de 1951 (KNEEBONE, 2009, p. 26). Do mesmo modo, no terceiro país de destino não tem que ter risco de perseguição, *refoulement* ou qualquer outra violação aos direitos dos refugiados. Contudo, a Austrália, como foi visto no incidente Tampa, enviou os solicitantes de refúgio a países que apresentavam baixos índices de proteção efetiva aos direitos dos refugiados (KNEEBONE, 2014, p. 605). No entanto, a Corte Suprema da Austrália indicou que o país não podia se liberar das obrigações que tinha com os refugiados, só se eles forem enviados a outro Estado que ofereça a mesma qualidade de proteção garantida nas leis australianas (KNEEBONE, 2014, p. 606). Diante desta posição, o parlamento australiano decidiu modificar a Lei de Imigração.

Por esta modificação, o terceiro país seguro não precisava cumprir com todas as obrigações estabelecidas na Convenção de 1951. Desta forma, a Austrália legitimou o que pode ser descrito como um regime de responsabilidade mutável, ao invés de um regime de responsabilidades compartilhadas (FOSTER, 2012, p. 422), o que não deixa de ser uma violação à Convenção, dado que coloca em risco a vida dos solicitantes de refúgio.

Desta forma, estão sendo feitas mudanças em relação às políticas migratórias. Primeiro, o controle de fronteiras é mais rígido que antes. Segundo, o problema dos refugiados está perdendo sua conotação humana para ser tratado como um problema político. Por último, o procedimento legal sobre os solicitantes de refúgio é mais duro, dando passo a legislações xenófobas (JAMES, 2014, p. 216). É o caso da Lei Arizona SB1070 a qual considerava criminoso àqueles que pareciam ser imigrantes, tenham ou não documentação. Neste sentido, “uma forma de conseguir o controle é limitar o alcance de que os direitos dos refugiados sejam percebidos como direitos humanos” (DAUVERGNE, 2008, p. 63). Isto é, tenta-se que os refugiados sejam vistos como uma ameaça ao Estado de destino e, no âmbito interno, como uma carga econômica suportada pelos contribuintes.

No entanto as críticas feitas pelos Estados de destino, o Regime Internacional dos Refugiados é importante para eles. Segundo Hathaway, o direito dos refugiados “parte da necessidade dos Estados de se comprometer a encontrar respostas adequadas à chegada massiva de imigrantes, assim como definir seus valores legais e políticos (2007, p. 99). Além disso, o direito dos refugiados dá aos Estados um amplo margem para maximizar o controle das suas fronteiras (HATHAWAY¹⁹⁹⁰, p.166).

A elaboração de respostas e dos valores legais e políticas facilitará à construção de políticas destinadas a acomodar os fluxos de imigrantes de forma conjunta e coordenada com outros países ou com a comunidade internacional, dado que esse esforço de forma solitário pode representar muita carga para o Estado de destino. É

por isso que a elaboração destas políticas exige que os Estados ajam de forma justa e equitativa, isto é, através de um sistema organizada e coerente que evite arbitrariedades.

O primeiro passo para oferecer um melhor trato aos refugiados é dar resposta a situações complexas que precisam da observação atenta por parte dos agentes do Estado encarregados de atender os pedidos de refúgio. Para elaborar essas respostas foram formulados dois modelos para determinar o nível de perseguição que está se sofrendo.

O primeiro modelo foi desenvolvido por Jean-Yves Carlier, o qual consiste em uma pergunta central: Existe risco de perseguição se o solicitante de refúgio volte ao seu país de origem? Esta pergunta central é subdividida em três perguntas específicas: Até que ponto existe o risco de perseguição? Até que ponto pode se falar de perseguição? Até que ponto o risco de perseguição está estabelecido? (CARLIER et. al., 1997, p. 685).

Este modelo é importante dado que sem uma guia para tomar as decisões, o pedido dos refugiados é deixado ao juízo dos organismos de decisão, os quais podem ter opinião formadas ou subjetivas. Neste sentido,

Enquanto mais fundamental o direito é (à vida, integridade física, liberdade...) menos quantitativo e qualitativa é a avaliação. Enquanto o direito é menos prioritário (direitos econômicos, sociais ou culturais), a avaliação será mais quantitativa e qualitativa (CARLIER et. al., 1997, p. 703)

Este modelo coloca ênfase na hierarquia de direitos ameaçados, onde os direitos civis e políticos são mais importantes que os sociais, econômicos ou culturais. Essa hierarquia serviria de base para que o agente do Estado de destino possa tomar sua decisão em relação ao pedido de refúgio. Contudo, a crítica feita a este modelo é que não estabelece como reagir perante situação que articulam, em diferentes graus, os direitos envolvidos, além que os pedidos de refúgio não apresentam de forma clara qual o direito ameaçado ou pode ser dada maior importância a um direito que não é fundamental.

O segundo modelo foi desenvolvido por James Hathaway e está baseado na Carta Internacional dos Direitos Humanos, a qual envolve a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ICCPR, pela sua sigla em inglês) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ICESCR, pela sua sigla em inglês). Neste sentido, o modelo de Hathaway tem bastante aceitação devido a que os padrões aplicados são aceites pelos Estados membros destes Tratados, pelo qual não é preciso introduzir novos padrões.

Hathaway define perseguição como o descumprimento sistemático ou reitera por parte do Estado em relação a um dos direitos fundamentais (HATHAWAY, 1991, p. 107). Baseado nesta definição, seu modelo consiste em quatro categorias que explicariam quando existe perseguição. Na primeira categoria estão os direitos presentes na DUDH e que também estão na ICCPR (HATHAWAY, 1991, p. 109-110). Essa lista de direitos inclui o direito à vida, proibição de tortura ou qualquer castigo humilhante e desumano; proibição de escravidão; irretroatividade da lei penal; liberdade de pensamento, consciência e religião; e proibição de cárcere por dívidas. A natureza inderrogável, ainda em Estados de emergência, destes direitos os coloca por encima de qualquer outro e a supressão dos mesmos constitui sério risco de perseguição.

A segunda categoria é constituída por aqueles direitos que só podem ser derogados em situações de emergência pública. Nesta categoria estão inclusos a proibição de detenção ou apreensão arbitrária; direito à proteção igualitária, incluindo crianças e minorias; direito a um devido processo e presunção de inocência até que seja provado o contrário; proteção à privacidade e integridade familiar; liberdade de movimento; liberdade de opinião, expressão e associação; direito de participar no governo; direito a ser trabalho sem discriminação; e direito a eleições justas e periódicas (HATHAWAY, 1991, p. 110-111).

Desta forma, o governo somente poderá proibir o exercício livre destes direitos quando o estado de emergência seja declarado

em todo ou parte do território. Caso não tenha sido declarado dito estado de emergência ou este não cumpra com os procedimentos legais, pode-se constituir uma situação de perseguição.

A terceira categoria é constituída por aqueles direitos descritos na DUDH e também na ICESCR. A diferença entre a ICCPR e a ICESCR é que esta última “não impõe um padrão de cumprimento, mas pede aos Estados tomar todas as medidas possíveis para o progressivo cumprimento destes direitos sem nenhuma discriminação” (HATHAWAY, 1991, p. 110). Alguns destes direitos são o direito ao trabalho; direito à comida, casa, moradia, atenção médica e educação básica; assim como ser beneficiado com as expressões científicas, literárias, culturais e artísticas (HATHAWAY, 1991, p. 111). Neste caso, si o Estado possui os recursos materiais e econômicas para garanti-los mas não os torna efetivos ou, pior ainda, discrimina à população beneficiada, também estaremos frente a um risco de perseguição.

Por último, a quarta categoria compreende aqueles direitos contidos na DUDH mas não presentes na ICCPR ou ICESCR. Trata-se do direito à propriedade e de gozar de proteção perante o desemprego. A característica destes direitos é que seu descumprimento “não é motivo suficiente para servir de base ao reclamo de falta de proteção estatal dado que não estão sujeitos a uma obrigação legal vinculante” (HATHAWAY, 1991, p. 111). Por isso, não serviriam de base para um pedido de refúgio, pois seu descumprimento não responde a um elemento de perseguição por parte do Estado.

A diferença entre o modelo de Carlier e o modelo de Hathaway é que este último foca-se na obrigação de proteger os direitos por parte do Estado, enquanto o modelo de Carlier estabelece diferença normativa entre as diferentes categorias.

O modelo de Hathaway tem sido inserido nas legislações do Canadá, Reino Unido e Nova Zelândia. No caso do Reino Unido, este modelo foi reconhecido na jurisprudência pelo Tribunal de Imigração

e Asilo (IAT, pela sua sigla em inglês) (FOSTER, 2007, p. 116). Na Austrália não foi adotado abertamente, mas os agentes que decidem sobre o pedido de refúgio mostram vontade de considerar a existência de uma hierarquia de direitos no momento de determinar o status do refugiado (FOSTER, 2007, p. 118).

Por outra parte, é importante salientar que o direito dos refugiados não obriga os Estados de destino a continuar protegendo os refugiados quando a situação no país de origem volta a ser normal. Neste sentido, a Convenção de 1951 estabelece seis causas pelas quais se perde a condição de refugiado: quando voluntariamente voltar a pedir a proteção do país de que tem a nacionalidade; tendo perdido a nacionalidade, a tiver recuperado voluntariamente; se adquiriu nova nacionalidade e goza da proteção deste país; se voltou voluntariamente a instalar-se no país do qual tinha temor de ser perseguido; se deixaram de existir as circunstâncias pelas quais fugiu; se, não tendo nacionalidade deixaram de existir as circunstâncias de perseguição e está em condições de voltar ao país no qual tinha a residência habitual³⁵.

Desta forma, quando o Estado de origem está em condições de proteger aos seus cidadãos, o refugiado deve voltar ao seu país. Assim também, no Processo de Bali³⁶, reforçou-se a ideia de que “[aquelas] pessoas que não precisam de proteção deveriam voltar, de preferência de forma voluntária, aos seus países de origem” (DECLARACIÓN DE LOS COPRESIDENTES, 2011).

A melhor maneira de evitar os fluxos de imigrantes é a prevenção de aquelas causas que obrigam às pessoas fugir dos seus lares. A prevenção insere-se no marco da R2P, como ajuda dada pela comunidade internacional e é ela que estudaremos a seguir.

35 Artigo 1 (c) da Convenção sobre o estatuto dos Refugiados.

36 O Processo de Bali é um foro internacional estabelecido em 2002 para dar respostas ao tráfico de pessoas e à imigração indocumentada. É co-presidido pela Austrália e Indonésia, participando os países da região da Oceania e Ásia. Cumpre ressaltar que o Processo de Bali responde mais aos interesses australianos, que usam incentivos de ajuda externa e construção de capacidade para que os outros Estados aceitem os acordos por ela propostos (KNEEBONE, 2014, p. 614).

4 A RESPONSABILIDADE DE PROTEGER E O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

Uma solução para abordar os fluxos massivos de imigrantes seria combater as causas que originam estes fluxos, isto é, que a comunidade internacional aja de forma preventiva nos Estados de origem, garantindo o respeito aos direitos humanos. Neste sentido, a comunidade internacional pode agir de acordo aos pilares da R2P.

A R2P está baseada em três pilares aprovados pela Organização das Nações Unidas (ONU): a) o Estado tem a responsabilidade de proteger sua população; b) a comunidade internacional deve ajudar aos Estados para que aqueles cumpram esta responsabilidade e; c) caso o Estado não possa ou não queira proteger sua população é a comunidade internacional quem deve assumir essa responsabilidade (ONU, 2009:9).

O ACNUR pode ser entendido como uma instituição internacional de alcance global com capacidade de agir a favor dos interesses de indivíduos ou grupo de pessoas, pelo que pode se dizer que “é uma concreta manifestação do que o conceito da R2P significa” (TÜRK, 2013, p. 40). Esta afirmação baseia-se no trabalho em parceria feito pela comunidade internacional, através do ACNUR, para dar resposta às necessidades dos refugiados.

Além disso, não é preciso reformular a Convenção de 1951 nem assinar um novo Protocolo para aplicar a R2P ao Regime dos Refugiados, pois na mesma Convenção indica-se a importância da cooperação entre todos os Estados membros e o ACNUR para o exercício das suas funções³⁷. Do mesmo modo, a comunidade internacional agiria em conformidade ao segundo pilar da R2P, isto é, cooperando com o Estado de origem para a efetiva proteção da população, principal causa pela que as pessoas procuram refúgio em outros países. Neste caso, a ajuda não é só a favor do governo para que combata as causas que originam a migração, porque pode ser que seja o próprio governo que desenvolva políticas visando

37 Artigo 35 (1) da Convenção sobre o estatuto dos Refugiados.

o deslocamento de um setor da população. Estas políticas são conhecidas como Regime de Deslocamento Induzido (RID, pela sua sigla em inglês).

O RID “acontece quando o governo ou agentes patrocinados pelo governo usam táticas coercitivas para, direta ou indiretamente, que grande parte da população fuja dos seus lares” (ORCHARD, 2010, p. 43). Em algumas ocasiões, o deslocamento constitui uma estratégia para consolidar o controle sobre determinado território (ZAUM, 2011, p. 286). Estes atos vão desde a supressão no fornecimento de algum serviço básico, medidas que visam enfraquecer a economia da região ou crimes contra a humanidade, limpeza étnica ou genocídio. Neste último caso, é o Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) que tem o poder de tomar as medidas necessárias baseando-se na ameaça à paz e segurança internacionais que aquela situação representa. Desta forma, o CSNU agiria sob o terceiro pilar da R2P, pois é o próprio Estado que não tem a capacidade, ou vontade, para proteger sua população.

Ainda que a intervenção estrangeira para a proteção dos direitos humanos da população sem o consentimento do Estado receptor é controversa, não é alheia à realidade. Um exemplo é a intervenção humanitária no norte do Iraque para proteger a população curda que se deslocaram em direção às montanhas ou para o Irã (ALBORZI, 2006, p. 178). Também se tem o caso líbio de 2011, que constitui um novo paradigma dentro da comunidade internacional, pois foi a primeira vez que a R2P foi invocada para proteger a população líbia dos ataques do exército de Gaddafi. Essa intervenção conseguiu pôr fim às violações aos direitos humanos praticas pelas forças de Gaddafi.

Estes dados mostram que o uso da força não significaria a introdução de uma nova variável no campo das relações internacionais, pois “nos últimos vinte anos, a comunidade internacional tem sido mais favorável ao uso da força militar para parar ou prevenir os crimes em massa” (WESTER; GOLDSTEIN, 2011, p. 49). Este posicionamento tem reflexo nas intervenções humanitárias feitas no

Iraque, Kosovo ou Líbia.

Um dos elementos chave dentro da R2P é o sistema de alerta rápida³⁸, o qual foi proposto quando, entre 1987 e 1991 o Secretário-Geral da ONU criou o Gabinete de Investigação e Recolhimento de Informação (GIRI). O GIRI tinha como funções

a execução de atividades de alerta rápida visando a prevenção de novos fluxos massivos de refugiados, o controle de fatores relacionados a possíveis fluxos de refugiados e de pessoas deslocadas em situações de emergência similares, e a elaboração de projetos de possíveis respostas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2004, p. 20).

A prevenção, neste caso, deve-se focar na principal causa dos problemas, isto é, aqueles fatores econômicos e políticas que obrigam às pessoas fugir do país. Estes fatores geralmente são conflitos internos e externos, violações aos direitos humanos executadas por qualquer agente e o nível de desenvolvimento econômico.

Neste contexto, é válido se perguntar por quê a comunidade internacional deveria ajudar nas tarefas de prevenção de conflitos internos se ainda não existem fluxos de imigrantes que ameacem sua estabilidade?

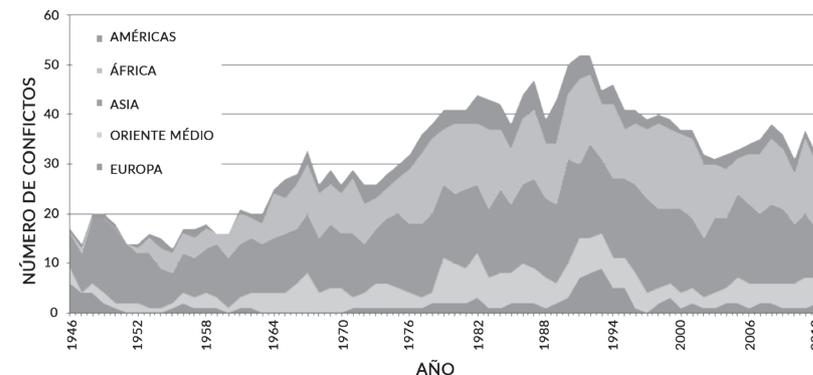
Tal como indica a Declaração de Tlatelolco, assinada no México, as causas que originam os fluxos de refugiados podem ser “a perseguição, a violação dos direitos humanos, os conflitos armados internos e internacionais e as violações ao direito internacional humanitário” (DECLARACIÓN DE TLATELOLCO SOBRE ACCIONES PRÁCTICAS EN EL DERECHO DE LOS REFUGIADOS EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, 1999). Assim também foi manifestado pela Comissão de Direitos Humanos, a qual “salientou a relação existente entre as violações aos direitos humanos e os movimentos de refugiados” (ORGANIZAÇÃO DAS

38 No caso da R2P, o sistema de alerta rápida aplica-se na prevenção de aqueles crimes que signifiquem violações massivas aos direitos humanos: crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio e limpeza étnica. Ver parágrafo 138 do documento da ONU 2005 World Summit Outcome.

NAÇÕES UNIDAS, 2004, p. 19).

Desta forma, os conflitos armados tornam-se na principal causa do êxodo de pessoas, os quais têm se incrementado significativamente desde finais de 1946 até a atualidade.

Figura 1. Número de conflitos por região geográfica e por ano desde 1946 até 2012.

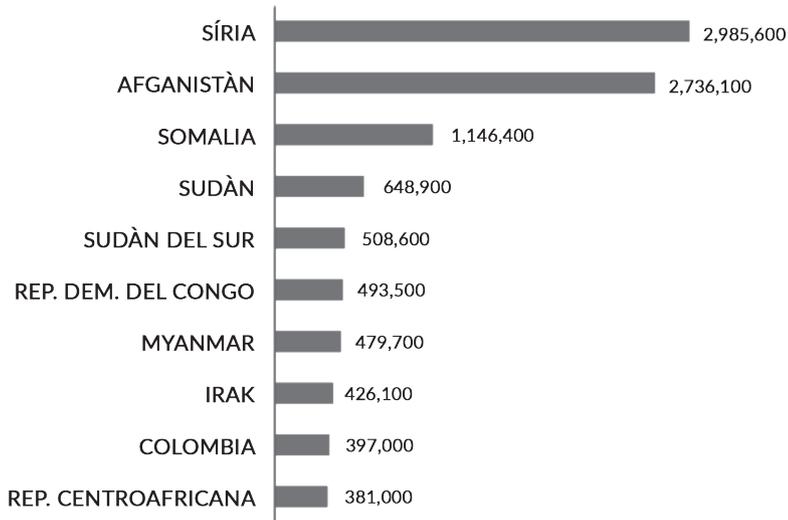


Fonte: Adaptação dos dados da Uppsala Universitet – Departament of Peace and Conflict Research. http://www.pcr.uu.se/research/ucdp/datasets/ucdp_prio_armed_conflict_dataset/

Os dados da Figura 1 mostram que, efetivamente, desde 1946 os conflitos incrementaram-se progressivamente. Atualmente, são trinta e dois conflitos armados no mundo, sendo que em 1946 eram dezoito. Assim também, no período de 1991 a 1995 o número registrado foi o maior de toda a história: cinquenta e dois conflitos. Este número corresponde, principalmente, às Guerras de Independência da ex-Iugoslávia e do Iraque nesses anos.

Os dados apresentados indicam que as regiões com maior número de conflitos nos últimos vinte anos são a África e Ásia e é destas regiões que vêm a maior quantidade de refugiados no mundo. A figura 2 apresenta os países que originaram maior fluxo de refugiados até a metade de 2014 e que pertencem, na sua maioria, tanto a África quanto Ásia.

Figura 2: Principais países de origem dos refugiados – metade de 2014.

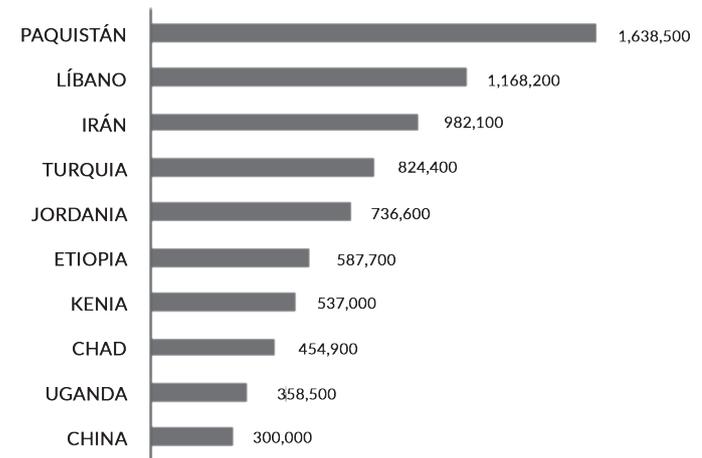


Fonte: ACNUR Mid-Year Trends 2014

Segundo os dados do ACNUR, na Figura 2, a maior quantidade de refugiados vêm da Síria, devido à guerra civil que começou com a Primavera Árabe em 2011, assim como a violência gerada pelo ISIS. Em segundo lugar está o Afeganistão, que por mais de três décadas foi o país de origem da maior quantidade de refugiados, atingido seu ápice entre 1990 e 1991 com mais de seis milhões de refugiados (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, 2014). Em terceiro lugar está a Somália, ainda afetada pelos conflitos tribais pela luta de poder desde 1991.

Para fugir do conflito e da perseguição, as populações são obrigadas a procurar refúgio em outros países, muitas vezes, vizinhos. Os governos destes Estados de destino permitem os refugiados se assentarem em campos fronteiriços até que consigam ser assentados nas cidades, o qual não sempre é possível. A Figura 3 mostra os países com o maior número de refugiados até a metade de 2014.

Figura 3. Estados de destino dos refugiados



Fonte: ACNUR Mid-Year Trends 2014.

O Paquistão continua sendo o primeiro Estado de destino dada a grande quantidade de refugiados afegãos. Em segundo lugar está o Líbano, o qual faz dois anos atrás não aparecia na lista, mas o número de refugiados no seu território se incrementou dada a crise na Síria. No caso da Colômbia, é importante ressaltar que não aparece nenhum país da América do Sul devido às múltiplas fronteiras da Colômbia, oferecendo um amplo leque de possibilidades aos refugiados colombianos.

A Figura 3 também mostra que nenhum país ocidental representa um destino importante para os refugiados. Isto é porque, como foi dito linhas acima, os imigrantes preferem migrar a países vizinhos ou da região pela facilidade de locomoção. Desta forma, as travas legais impostas pelos países industrializados ao pedido de refúgio não tem base no número de refugiados que podem receber, mas na percepção que o governo tem dos refugiados como *os outros*.

Assim também, dentro da R2P está considerada a reconstrução do país, de acordo ao segundo pilar. É nesta fase que o retorno dos refugiados constitui um desafio importante. Os fluxos

de refugiados que voltam depois do conflito supõe grandes esforços para setores públicos tais como educação, prestação de serviços médios, assim como maior concorrência no campo laboral ou disputas por terras férteis (ZAUM, 2011:288). Como menciona a *International Commission on Intervention and State Sovereignty* (ICISS), o trato desigual no fornecimento de serviços básicos, assistência para conseguir emprego e leis sobre a propriedade privada, constituem um poderoso sinal que aqueles que voltam não são bem-vindos (INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY, 2001, p. 42). No caso da propriedade privada podem apresentar-se vários problemas, pois o ideal seria a restituição dos bens àqueles que retornam. No entanto, estes bens podem ter sido ocupados por deslocados internos, razão pelo qual as tensões entre dois grupos sociais podem desestabilizar ao país. É por isso que a comunidade internacional precisa trabalhar de forma conjunta com o país de origem para criar condições favoráveis para aqueles que têm vontade de retornar ao país. Desta forma, não encontrariam hostilidades por parte daquelas pessoas que ficaram no país, nem seriam perseguidas por constituir alguma minoria étnica que possa desencadear novos conflitos internos.

Outro problema que enfrentam os refugiados é, uma vez terminado o conflito, a representação política. Zaum (2011, p. 291) coloca de exemplo a guerra dos Balcãs na década de 1990, onde os refugiados não tiveram representação nas conferências de Dayton em 1995, ou os refugiados sérvios no Kosovo que não tiveram nem voz nem voto nas negociações para decidir o estatuto do Kosovo após 1995. Para eles

sua única representação era o governo sérvio, cujos interesses durante as negociações não eram necessariamente coerentes com os dos deslocados sérvios e cujo financiamento a instituições paralelas no Kosovo desencorajou a integração dos deslocados sérvios na sociedade kosovar (ZAUM, 2011, p. 291).

Desta forma, os refugiados são excluídos das negociações que representam temas importantes para o desenvolvimento de sua vida

tanto econômica, social ou política, no lugar onde se estabelecem. O fato de não ouvir suas opiniões em temas importantes para eles pode desencadear futuras tensões com a população local. Além disso, os refugiados também podem contribuir na reconstrução econômica do país através das remessas. Estas remessas, muitas vezes, podem constituir a maior fonte de renda de um Estado que se encontra em processo de reconstrução depois de um conflito (ZAUM, 2011, p. 294-295). Neste sentido, os refugiados não só são agentes passivos, mas também agentes ativos no processo de reconstrução do país, sendo parte importante nas tarefas da R2P. É por isso que a reconstrução do Estado deve ser executada de forma coordenada, tanto pelo Estado quanto pela comunidade internacional, de acordo com os pilares da R2P.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito dos refugiados tem sofrido mudanças dramáticas nos últimos anos. A percepção que se tem deles nos países industrializadas como ameaças à nação, junto com a guerra ao terror executada desde 2001, não contribui na melhora desta perspectiva.

As políticas executadas para conter o fluxo de imigrantes, ainda contrárias à Convenção, têm por efeito direito o a piora na qualidade de vida dos solicitantes de refúgio. Assim também, as políticas que procuram o fechamento de fronteiras aos solicitantes de refúgios não representam uma solução durável, pois os imigrantes vão achar outros meios para ingressar ao país, gerando um círculo vicioso em relação à sua percepção como criminosos por parte do governo dos Estados de destino.

A política de terceiro país seguro também não representa uma solução durável para o problema dos refugiados, dado que estes terceiros destinos podem não garantir os direitos dos refugiados.

Diante desta situação, é melhor que a comunidade internacional aja para pôr fim às causas que obrigam às pessoas fugir do seu

país. Desta forma, elas não precisariam migrar e seus direitos humanos não seriam violado.

Para executar esta política, é preciso a coordenação de todos os agentes envolvidos, sejam do Estado de origem, Estados vizinhos, organismos internacionais como o ACNUR e até a mesma ONU. Às vezes não pode se contar com a participação do Estado de origem, dado que ele mesmo pode estar influenciando na migração através do RID, como foi explicado anteriormente.

Nesta coordenação internacional é preciso não ultrapassar seus objetivos, para que a solução não seja pior que o problema. Na elaboração desta coordenação pode-se usar à R2P, a qual funcionaria como um “manual do usuário”.

A R2P pertence ao sistema onusiano, pelo qual não precisa de novos debates nem novos tratados para sua execução. Desta forma, conseguir-se-ia parar ou evitar as violações aos direitos humanos, assegurar o retorno seguro aos refugiados e melhorar a qualidade de vida da população que ficou.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBORZI, M. **Evaluating the Effectiveness of International Refugee Law: The Protection of Iraqi Refugees**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. **La situación de los Refugiados en el mundo: Desplazamientos humanos en el nuevo milenio**. 2006a. Disponível em: <http://www.acnur.org/paginas/?id_pag=6151>. Acesso em: 31 jul. 2013.

_____. **Statement by Ms E. Feller, Assistant High Commissioner for Protection**. 2006b. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home/opensslPDFViewer.html?docid=4524bc952&query=Handbook%20on%20Voluntary%20Repatriation:%20International%20Protection>> Acesso em: 11 abr. 2015.

_____. **Mid-Year Trends 2014**. 2014. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/Estadísticas/2014/9985>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

_____. **ACNUR pide acción urgente ante nueva tragedia en el Mediterráneo**. 2015. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/noticias/noticia/acnur-pide-accion-urgente-ante-nueva-tragedia-en-el-mediterraneo/>>. Acesso em: 16 maio 2015

BETTS, A.; LOESCHER, G.; MILNER, J. **The United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR): The Politics and Practice of Refugee Protection** (Global Institutions). 2. ed. Oxford/New York: Routledge, 2012.

CARRIER, J. et al. (eds.) **Who is a Refugee? A Comparative Case Law Study**. La Haya: Kluwer Law International, 1997.

CLARK, T.; SIMEON, J. UNHCR international protection policies 2000-2013: from cross-road to gaps and responses. **Refugee Survey Quarterly**, v. 33, n. 3, p. 1-33, 2014.

Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

Convención de la OUA que rige los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África.

DAUVERGNE, C. **Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DECLARACIÓN DE LOS COPRESIDENTES. Fourth Bali Regional Ministerial Conference on People Smuggling, Trafficking in Persons and Related Transnational Crime. Bali, Indonesia. 29-30 mar. 2011. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/southeastasiaandpacific/2011/04/som-indonesia/110330_FINAL_Ministerial_Co-chairs_statement_BRMC_IV.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2015.

Declaración de Tlatelolco sobre acciones prácticas em el derecho de los refugiados en América Latina y el Caribe, 1999

FOSTER, M. **International Refugee Law and Socio-Economic Rights: Refuge from Deprivation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

_____. The Implications of the Failed Malaysian Solution: The Australian High Court and Responsibility Sharing at International Law, **Melbourne Journal of International Law**, v. 13, n. 1, p. 395-423, 2012.

HATHAWAY, J. A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law, **Harvard International Law Journal**, v. 31, no. 1, p. 129-183, 1990.

_____. **The Law of Refugee Status**. Toronto: Butterworths, 1991.

_____. Can International Refugee Law Be Made Relevant Again?, **Law Quad. Notes**, v. 41, n. 3, p. 106-108, 1998.

_____. Why Refugee Law Still Matters, **Melbourne Journal of International Law**, v. 8, n. 1, p. 89-103, 2007.

INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY. **The responsibility to protect: report of the international commission on intervention and state sovereignty**. Ottawa: International Development Research Centre, 2001.

JAMES, P. Faces of globalization and the borders of states: from asylum seekers to citizens, **Citizenship Studies**, v. 18, n. 2, p. 208-223, 2014.

KELLEY, N. International Refugee Protection Challenges and Opportunities, **International Journal of Refugee Law**, v. 19, n. 3, p. 401-439, 2007.

KNEEBONE, S. Introduction: Refugees and Asylum Seekers in the International Context – Rights and Realities. In: KNEEBONE, S. (Org.). **Refugees, asylum seekers and the rule of law: Comparative Perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

_____. The Bali process and global refugee policy in the Asia-Pacific region, **Journal of Refugee Studies**, v. 27, n. 4, p. 596-618, 2014.

MILLBANK, A. The Problem with the 1951 Refugee Convention, **Parliament of Australia**, Research Paper 5 2000–01. Disponível em: <http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp0001/01RP05>. Acesso em: 9 jan. 2015.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Hacer efectiva la responsabilidad de proteger**. 2009. Disponível em: <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/63/677>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

_____, Direitos Humanos e Refugiados, **Ficha Informativa**, n. 20, 2004.

ORCHARD, P. The perils of humanitarianism: refugee and IDP protection in situations of regime-induced displacement, **Refugee Survey Quarterly**, v. 29, n. 1, p. 38-60, 2010.

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, 1967.

SALTAM, E.; WINTER, C. **Islamic State: The Changing Face of Modern Jihadism**. Disponível em: <http://www.quilliamfoundation.org/wp/wp-content/uploads/publications/free/islamic-state-the-changing-face-of-modern-jihadism.pdf>. Acesso: 15 maio 2015.

TÜRK, V. The UNHCR's role in supervising international protection standards in the context of its mandate. In: SIMEON, J. (Org.). **The UNHCR and the supervision of International Refugee Law**. Cambridge University Press, 2013.

Uppsala Universitet. Department of Peace and Conflict Research. **UCDP/PRIO Armed Conflict Dataset**. Disponível em: http://www.pcr.uu.se/research/ucdp/datasets/ucdp_prio_armed_conflict_dataset/. Acesso em: 31 jul 2013.

WESTERN, J.; GOLDSTEIN, J. Humanitarian Intervention Comes of Age: Lessons from Somalia to Libya, **Foreign Affairs**, v. 90, n. 6, p. 48-59, 2011.

ZAUM, D. Post-conflict Statebuilding and Forced Migration. In: BETTS, A.; LOESCHER, G. (Org.). **Refugees in International Relations**. Oxford University Press, 2011.

Capítulo 5

CENSURA PRÉVIA E AS RESTRIÇÕES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Jocélia Aparecida Lulek

1 INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão (de informar e ser informado) é a mais elevada forma de representação da liberdade. A proibição, o impedimento, a limitação e a censura desse direito, a desinformação e a indiferença política, coloca em risco as bases de sustentação do próprio regime democrático.

O discurso e o debate livres, verdadeiros e igualitários, contribuem ao aperfeiçoamento de ações, programas e políticas governamentais e às decisões dos governantes. O Povo deve participar de maneira efetiva das deliberações do Poder Público, por meio de críticas e sugestões, apontando atos irregulares, principalmente para que seus representantes reconheçam e assimilem que a Democracia decorre da liberdade, do amplo acesso à informação, não sujeitas a censura.

A liberdade de informar, de manifestar o pensamento pela palavra ou por qualquer outro meio, representa a liberdade de receber a informação com verossimilhança. Os excessos praticados, sob o falso pretexto de “liberdade de expressão e de pensamento”, ou de retorno “à censura” ou “à ditadura”, devem ser punidos.

O desafio maior da Democracia é defender o direito à liberdade

de expressão e, simultaneamente, impedir que ele seja utilizado para incitar a violência, a difamação, a calúnia, a subversão, a imoralidade, o ódio e o preconceito étnico. Pretende-se, neste artigo, fomentar o debate sobre a interrelação entre o regime de proteção da liberdade no âmbito do sistema interamericano e o regime doméstico.

Este artigo está dividido em cinco partes: a primeira apresenta a liberdade de expressão como direito fundamental e universal e exprime sua importância ao processo democrático; a segunda expõe os diplomas normativos de proteção de direitos humanos nas Américas e os órgãos de monitoramento e supervisão que integram o Sistema Interamericano de Direitos Humanos; a terceira coteja a liberdade de expressão com as restrições inscritas na Convenção Americana, na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, delimitando-lhes as semelhanças e diferenças; a quarta, onde será desenvolvido especificamente o tema proposto nesse artigo, sobre a forma como a Corte Interamericana compreende o alcance da proibição de censura prévia prevista no texto convencionalmente, notadamente, a partir da análise da Corte IDH, no caso *A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*, citado pelo Ministro Edson Luiz Fachin, do STF, no voto proferido na ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 2404), ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) no STF, questionando o art. 254 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA).

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: DIREITO FUNDAMENTAL ABSOLUTO?

Analisar o conceito liberdade e suas implicações conduziria a uma extensa discussão filosófica, política, religiosa, social e jurídica.

O conceito de liberdade é, ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros. Seu âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado. Quase tudo aquilo que, a partir de algum ponto de vista, é considerado como bom ou desejável é associado

ao conceito de liberdade. Isso vale para disputas filosóficas quanto para polêmicas políticas (ALEXY, 2015, p. 218).

As transformações da liberdade de manifestação decorrem da vida em sociedade e de fatores históricos, políticos e sociais. Afinal de contas, comunicar-se é exercer linguagem: engloba gestos, fala, escrita e outras formas de expressão.

Gradativamente a liberdade de expressão vem sendo conquistada. O primeiro instrumento legal a reconhecer a liberdade de expressão foi a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 16 de junho de 1776, seguido da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776, Constituição Americana, de 17 de setembro de 1787, e Primeira Emenda, de 15 de dezembro de 1791. Na França, com a Revolução de 14 de julho de 1778, consolidou-se por meio do artigo 11 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, e a liberdade de imprensa, reconhecida em sua constituição, em 21 de junho de 1793.

Desde então sociedades democráticas buscam contemplar em seus instrumentos legais a proteção da liberdade de expressão e, desde a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o Direito Internacional assume papel relevante na formulação dessa prerrogativa. Vários diplomas foram constituídos: a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, a Convenção Americana, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Carta Democrática Interamericana são alguns exemplos.

No plano doméstico, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/88) dispõe que a liberdade de expressão é um dos direitos e deveres individuais e coletivos e o faz declarando ser “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato e livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (incisos IV e IX do art. 5º). Garantia essa que, no âmbito das comunicações sociais, é detalhada nos seguintes termos: “[...] manifestação do pensamento,

a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição” (art. 220), vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, conclui-se que a liberdade é um dos valores fundamentais da Democracia, e a mais elevada forma de representação da liberdade é a liberdade de expressão (de informar e ser informado).

Ao considerar os direitos fundamentais verdadeiros alicerces da Democracia, Peter Häberle (2003, p. 21) enfatiza que:

[...] os direitos fundamentais não só garantem liberdade do Estado, mas também liberdade no Estado. A democracia da liberdade necessita de cidadania política. Através do exercício individual dos direitos fundamentais, surge um processo de liberdade que constitui um elemento vital da democracia. A democracia em liberdade garante os direitos fundamentais em seu próprio proveito. Através do exercício dos direitos fundamentais se proporcionam ao conjunto do Estado forças criativas indispensáveis (tradução nossa).

Para Häberle (2003, p. 22), os cidadãos e a Democracia estão envolvidos com os direitos fundamentais uns dos outros, de modo que tais direitos têm em vista a proteção da personalidade que se desenvolve livremente numa sociedade.

Luigi Ferrajoli (2011, p. 329-330) assevera que o direito fundamental de liberdade política consiste na liberdade de manifestação de pensamento, que inclui, de um lado, o direito de informar, de outro, a liberdade de receber a informação. A proibição, o impedimento, a limitação e a censura desses direitos, a desinformação e a indiferença política, acarretam a deterioração da Democracia.

El primer derecho fundamental de libertad-facultad, el más clásico y elemental, es la libertad de manifestación del pensamiento, que incluye obviamente el derecho a informar y la libertad de información. Del mismo modo que los demás derechos activos de libertad, no es sólo una facultad sino también una expectativa de no lesiones. Es claro que la primera garantía de tales derechos es, por eso, la prohibición de impedimentos, represiones o limitaciones: de las censuras a los llamados delitos de opinión, hasta las diversas formas de *nihil obstat*, autorización o aprobación. Desde este punto de vista,

la libertad de manifestación del pensamiento es un derecho negativo, como la libertad de conciencia y todos los demás derechos de libertad. A su vez, además, en virtud de la jerarquía de las libertades que acaba de recorclarse, tiene, como ‘libertad de’ el límite constitucional representado por la garantía de las inmunidades fundamentales de los demás, y su ejercicio no puede consistir, por ejemplo, el injurias o difamaciones en perjuicio de la dignidad o reputación ajena ni en violaciones de la intimidad de otros.

Pero el problema más grave y más difícil que se plantea en tema de libertad de manifestación deI pensamiento, y más específicamente de información, es el representado por las garantías de su ejercicio, es decir, de su dimensión activa como ‘libertad de’ o libertad-facultad, virtualmente abolida por los poderes económicos que consisten en la propiedad y disponibilidad de los medios de información y de manifestación y difusión del pensamiento. En efecto, el rasgo característico de esta libertad consiste en la circunstancia de que su ejercicio -ciertamente, el de más relieve social y político se produce a través de la prensa escrita y de la televisión. Estos medias—o media—son bienes patrimoniales, objeto del derecho de propiedad, a su vez activado y organizado a través del derecho-poder de autonomía civil, es decir, de libre iniciativa económica. De aquí que, en ausencia de las garantías adecuadas, se producirá una inevitable y anómala limitación deI derecho de libertad por obra del derecho de propiedad, tanto civil como real, ya que estas bienes tienden a resultar inaccesibles y a concentrarse en formas oligopolísticas o incluso monopolísticas, según las dinámicas deI mercado.

[...] Uno es el derecho de quien pretende expresar opiniones y difundir informaciones, esencial al carácter liberal de un sistema político; el otro es el derecho o el interés público en la difusión de informaciones, y forma un presupuesto asimismo esencial de la democracia. [...] Por tanto, es la relación entre propiedad de los media, libertad de información, derecho a la información y poderes de gobierno la que hay que ser reconsiderada e invertida, si se quiere impedir, con la concentración de los poderes, el colapso de la democracia. (FERRAJOLI, 2011, p. 332)

Pode-se manifestar a liberdade de expressão de inúmeras maneiras: meios de comunicação, artes, religião, pesquisa científica. Está consagrada em diplomas constitucionais, legais e convencionais: é

considerada um direito fundamental. Mas não é absoluto. O desafio maior da Democracia é defender o direito à liberdade de expressão e, de maneira simultânea, impedir que ele seja utilizado para incitar a violência, a difamação, a calúnia, a subversão, a imoralidade, o ódio e o preconceito étnico (LEMOS, 2009).

A comunicação possui um grande poder de influenciar, positiva ou negativamente, a população. A liberdade de informar, de manifestar o pensamento pela palavra, através de qualquer meio, indica a liberdade de o Povo receber a informação empenhada com a verdade dos fatos narrados.

A liberdade de expressão e da imprensa são mecanismos eficazes de informação e de conexão às massas, pois transmitem e formam a opinião pública.

Para preservar a Democracia é necessária a revisão de valores éticos e políticos a fim de que a comunicação seja responsável e vá ao encontro do direito de a sociedade receber informações autênticas.

Os excessos praticados, sob o falso manto de “liberdade de expressão e de pensamento” ou de temor pelo retorno “à censura” ou “à ditadura”, pelos atores que prestam informações desprovidas de veracidade ou de fatos alterados, devem ser punidos.

A opinião pública séria e comprometida com o ideal da sociedade tem o poder de transformar, dar sentido ao governo e à política e de exercer relevante papel no aperfeiçoamento e manutenção do processo democrático. O que não se admite é que as pessoas sucumbam à corrupção, à ilegalidade, ao favorecimento pessoal em detrimento do interesse público.

Considerando que a CRFB/88 dispõe nos incisos IV e IX do art. 5º, que a liberdade de expressão é um dos direitos e deveres individuais e coletivos, que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato e livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; e o art. 220, no Capítulo da Comunicação Social,

disciplina que a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”, vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, inafastável a conclusão de que a liberdade é um dos valores fundamentais da Democracia e a mais elevada forma de representação da liberdade é a liberdade de expressão e do pensamento.

3 SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Quatro diplomas normativos disciplinam a proteção dos direitos humanos nas Américas: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador. Esses diplomas, segundo André de Carvalho Ramos,

[...] forjaram dois sistemas de proteção, que interagem de modo expresso. O primeiro sistema é o da *Organização dos Estados Americanos* (OEA), que utiliza os preceitos primários da Carta de criação da própria OEA e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. O segundo é o sistema da *Convenção Americana de Direitos Humanos*, criado no bojo da própria OEA (grifos do autor) (RAMOS, 2012, p. 185).

Os sistemas interagem desde a Carta da OEA, criada em 1948, que dispõe no art. 106:

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.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão principal da OEA, mas autônomo, possui a “[...] clara missão de zelar, pelo prisma jurídico, pela promoção de direitos humanos”

(RAMOS, 2012, p. 197). A CIDH pode instituir relatorias especiais para elaboração de relatórios, os quais são submetidos à aprovação da Assembleia da OEA, bem como, na hipótese de o Estado-parte descumprir suas recomendações, encaminhá-las à Assembleia para que adote, como órgão político da Carta da OEA, medidas que foquem o respeito aos direitos humanos (RAMOS, 2012, p. 198).

O SIDH contempla a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, instituída pela CIDH, em outubro de 1997, e respalda-se na OEA para promover a consciência pelo

[...] pleno respeito do direito à liberdade de expressão e informação no continente, em consideração ao papel fundamental que esse direito tem no fortalecimento e desenvolvimento do sistema democrático, e na denúncia e proteção dos demais direitos humanos.

Diversas declarações já foram consagradas pela Relatoria, conjuntamente com outros órgãos de proteção aos direitos humanos e à liberdade de expressão, como mecanismo de defesa de direitos e da manutenção da Democracia, sendo a última deliberada em 6 de maio de 2014 pelas seguintes autoridades: Organização das Nações Unidas (ONU) — sobre a liberdade de opinião e expressão; Organização para a Segurança e a Cooperação na Europa (OSCE) — para a liberdade dos meios de comunicação; OEA — para a liberdade de expressão; e Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) — sobre liberdade de expressão e acesso à informação. O objetivo é

[...] uma vez mais, a importância fundamental da liberdade de expressão em si mesma e como uma ferramenta essencial para a defesa de todos os demais direitos, como elemento central da democracia e condição indispensável para impulsionar os objetivos de desenvolvimento [...] (OEA, Declarações Conjuntas da OEA).

O segundo órgão da Convenção Americana é a Corte IDH, instituição judicial autônoma, que pode decidir pela procedência parcial ou total (ou improcedência) da ação de responsabilização internacional do Estado-parte por violação de direitos humanos, assegurar à vítima o gozo do direito ou da liberdade violados e, ainda,

reparar as consequências da medida ou situação que viole esses direitos (RAMOS, 2012, p. 221). O direito à jurisdição internacional dos direitos humanos e a competência jurisdicional da Corte IDH estão em crescente desenvolvimento, e esta última cada vez mais reconhecida pelos Estados-parte.

Toda a jurisprudência da Corte IDH, as Relatorias e as Declarações acerca da liberdade de expressão estão disponíveis para consulta.

A Convenção Americana permite que os Estados-membros da OEA consultem a Corte IDH a respeito da interpretação da Convenção Americana ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nas Américas, — art. 64.1.

Destaca-se a Opinião Consultiva nº 5, de 15 de novembro de 1985, que analisou a liberdade de expressão e delimitou o tema e as obrigações para os Estados-membros que ratificaram o Pacto de San José da Costa Rica. É consulta formulada pelo Governo da Costa Rica relativa à compatibilidade da associação compulsória para o exercício do jornalismo com o direito garantido pelo art. 13 da Convenção Americana. A Corte declarou-se competente, analisou a matéria, destacando que

Se ha señalado igualmente que la colegiación de los periodistas es un medio para el fortalecimiento del gremio y, por ende, una garantía de la libertad e independencia de esos profesionales y un imperativo del bien común. No escapa a la Corte que la libre circulación de ideas y noticias no es concebible sino dentro de una pluralidad de fuentes de información y del respeto a los medios de comunicación. Pero no basta para ello que se garantice el derecho de fundar o dirigir órganos de opinión pública, sino que es necesario también que los periodistas y, en general, todos aquéllos que se dedican profesionalmente a la comunicación social, puedan trabajar con protección suficiente para la libertad e independencia que requiere este oficio. Se trata, pues, de un argumento fundado en un interés legítimo de los periodistas y de la colectividad en general, tanto más cuanto son posibles e, incluso, conocidas las manipulaciones sobre la verdad de los sucesos como producto de decisiones adoptadas por algunos medios de comunicación estatales o privados.

En consecuencia, la Corte estima que la libertad e independencia de los periodistas es un bien que es preciso proteger y garantizar. Sin embargo, en los términos de la Convención, las restricciones autorizadas para la libertad de expresión deben ser las “**necesarias para asegurar**” la obtención de ciertos fines legítimos, es decir que no basta que la restricción sea **útil (supra 46)** para la obtención de ese fin, ésto es, que se pueda alcanzar a través de ella, sino que debe ser **necesaria**, es decir que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención. En este sentido, la colegiación obligatoria de los periodistas no se ajusta a lo requerido por el artículo 13.2 de la Convención, porque es perfectamente concebible establecer un estatuto que proteja la libertad e independencia de todos aquellos que ejerzan el periodismo, sin necesidad de dejar ese ejercicio solamente a un grupo restringido de la comunidad.

También está conforme la Corte con la necesidad de establecer un régimen que asegure la responsabilidad y la ética profesional de los periodistas y que sancione las infracciones a esa ética. Igualmente considera que puede ser apropiado que un Estado delegue, por ley, autoridad para aplicar sanciones por las infracciones a la responsabilidad y ética profesionales. Pero, en lo que se refiere a los periodistas, deben tenerse en cuenta las restricciones del artículo 13.2 y las características propias de este ejercicio profesional [...] (CORTEIDH, OC 5/85).

A Corte IDH decidiu, por unanimidade, que a associação compulsória de jornalistas é incompatível com o art. 13 da Convenção Americana, pois essa agregação impede que todas as pessoas tenham acesso aos veículos de comunicação como meio de expressar e divulgar suas opiniões e ideias:

Por unanimidad que la colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Embora as opiniões consultivas da Corte IDH não sejam vinculantes aos Estados-membros, fornecem-lhes subsídios de interpretação e servem para a fixação de conteúdo e alcance do Direito Internacional atual. (RAMOS, 2012, p. 241)

4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E AS RESTRIÇÕES DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, em seu art. 10, dispõe:

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judiciário.

A Convenção Americana, em seu art. 13 reconhece que

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os

espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1976, em seu art. 19, prescreve:

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias [sic] de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

O artigo 4º da Carta Democrática Interamericana, de 11 de setembro de 2001, ressalta que

São componentes fundamentais do exercício da democracia a transparência das atividades governamentais, a probidade, a responsabilidade dos governos na gestão pública, o respeito dos direitos sociais e a liberdade de expressão e de imprensa. A subordinação constitucional de todas as instituições do Estado à autoridade civil legalmente constituída e o respeito ao Estado de Direito por todas as instituições e setores da sociedade são igualmente fundamentais para a democracia.

A Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão foi um dos importantes instrumentos aprovados pela CIDH em outubro de 2000:

1. A liberdade de expressão, em todas as suas formas e manifestações, é um direito fundamental e inalienável, inerente a todas as

pessoas. É, ademais, um requisito indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática. 2. Toda pessoa tem o direito de buscar, receber e divulgar informação e opiniões livremente, nos termos estipulados no Artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Todas as pessoas devem contar com igualdade de oportunidades para receber, buscar e divulgar informação por qualquer meio de comunicação, sem discriminação por nenhum motivo, inclusive os de raça, cor, religião, sexo, idioma, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Todos esses instrumentos oferecerem garantia e proteção aos direitos humanos, especialmente ao direito da liberdade de expressão e pensamento.

As restrições a esses direitos, previstas no art. 13 da Convenção Americana, não são as mesmas adotadas noutros instrumentos internacionais, pois nela prevalece o princípio *pro homine*, amplamente reconhecido pelos Estados democráticos, de sorte que a norma mais favorável à pessoa humana é sempre a preponderante.

O art. 13 da Convenção Americana, comparado com o art. 10 da Convenção Europeia e o art. 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, comporta uma lista reduzida de restrições à liberdade de expressão. A Convenção Americana proíbe expressamente a censura prévia e as restrições à liberdade de expressão por meios diretos e indiretos. Já o Pacto não as proíbe expressamente.

Os incisos 2, 4 e 5 do art. 13 da Convenção Americana dispõem que a liberdade de expressão pode estar sujeita a responsabilidades posteriores — mas não à censura prévia. De acordo com a jurisprudência da Corte IDH, o exercício de direito à liberdade de expressão

[...] não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: (a) o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas; (b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública ou da saúde ou da moral públicas.

A única exceção consta do inciso 4 do art. 13, que estabelece: “[...] a lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia,

com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2”.

Já o inciso 5 enfatiza que: “[...] a lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.

De acordo com o Marco Jurídico Interamericano sobre Direito da Liberdade de Expressão (OEA, 2014), a jurisprudência interamericana desenvolveu

[...] um *teste tripartite* para controlar a legitimidade das restrições, em virtude do qual estas devem cumprir com uma série de condições precisas para serem admissíveis sob a Convenção Americana. [...] A CIDH e a Corte Interamericana também têm considerado: (a) que certas formas de restrição da liberdade de expressão são admissíveis, e (b) que alguns tipos de restrições, pelo tipo de discurso sobre o qual recaem, ou pelos meios que utilizam, devem se sujeitar a um exame mais estrito e exigente para serem válidas sob a Convenção Americana [...] (grifos do autor).

A regra é a vedação da censura prévia e a responsabilização posterior. O próprio art. 13 da Convenção Americana prevê que certas restrições expressamente nela contida não podem ser discriminatórias ou produzir efeitos discriminatórios; não podem ser impostas por meio de mecanismos indiretos. Devem ser responsabilizadas.

A censura prévia possui uma única exceção à liberdade de expressão, conforme art. 13.4 da Convenção Americana.

Dado que restrições são admitidas pela Convenção Americana, serão abordadas, sucintamente, condições para que a Corte IDH as considere legítimas:

- a) a liberdade de expressão deve ser compatível com o princípio democrático, conforme dispõem os artigos 29 e 32 da Convenção Americana;
- b) a restrição deve ser clara e definida por lei formal e material;

- c) a restrição deve compatibilizar-se com os objetivos dispostos na Convenção Americana;
- d) a restrição deve ir ao encontro da sociedade democrática e ser estritamente proporcional à finalidade buscada.

Todas as condições devem ser cumpridas e comprovadas pela autoridade que determinou a restrição, sob pena de violação aos direitos humanos consagrados.

De qualquer maneira, as restrições não podem constituir mecanismos de censura prévia, senão de imposição de responsabilidades posteriores para quem abusar do exercício de liberdade de expressão.

5 CENSURA PRÉVIA E A EXCEÇÃO ADMITIDA PELA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS FUNDAMENTOS DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO “A ÚLTIMA TENTAÇÃO DE CRISTO (OLMEDO BUSTOS E OUTROS) VS. CHILE”

A censura prévia praticada, direta ou indiretamente, é uma forma de violação à liberdade de expressão. Ela ocorre quando são utilizados mecanismos com objetivo de impedir a livre circulação de informações, ideias, opiniões ou notícias, afetando uma das condições básicas das sociedades democráticas.

A censura direta, conforme a jurisprudência da Corte IDH, pode ocorrer por meio de apreensão de livros, materiais de impressão, fotocópias ou documentos eletrônicos; por intermédio da proibição judicial de publicar ou divulgar livros e exibir filmes (CORTEIDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile), pela existência de disposição constitucional que contenha censura prévia em produção cinematográfica.

Já a censura indireta é abordada no art. 13.3 da Convenção Americana:

Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de

papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

A jurisprudência da Corte IDH consolidou entendimento de que o rol de censura indireta, constante do art. 13.3 da Convenção Americana, não é taxativo, notadamente pela evolução dos meios de comunicação (CORTEIDH, Caso Ríos e outros Vs. Venezuela, 2009).

A Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão destaca que:

5. A censura prévia, a interferência ou pressão direta ou indireta sobre qualquer expressão, opinião ou informação através de qualquer meio de comunicação oral, escrita, artística, visual ou eletrônica, deve ser proibida por lei. As restrições à livre circulação de ideias e opiniões, assim como a imposição arbitrária de informação e a criação de obstáculos ao livre fluxo de informação, violam o direito à liberdade de expressão.

O princípio 13 da Declaração de Princípios adverte que

A utilização do poder do Estado e dos recursos da fazenda pública; a concessão de vantagens alfandegárias; a distribuição arbitrária e discriminatória de publicidade e créditos oficiais; a outorga de frequências [sic] de rádio e televisão, entre outras, com o objetivo de pressionar, castigar, premiar ou privilegiar os comunicadores sociais e os meios de comunicação em função de suas linhas de informação, atentam contra a liberdade de expressão e devem estar expressamente proibidas por lei. Os meios de comunicação social têm o direito de realizar seu trabalho de forma independente. Pressões diretas ou indiretas para silenciar a atividade informativa dos comunicadores sociais são incompatíveis com a liberdade de expressão.

Uma das primeiras decisões a respeito da liberdade de expressão e da censura prévia analisadas pela Corte IDH, no caso *A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*, refutou a proibição da censura prévia e consolidou o entendimento a respeito da matéria, resultando na reforma da constituição chilena.

O caso diz respeito ao impedimento, por autoridades judiciais

chilenas, da exibição do filme *A Última Tentação de Cristo*, sob alegação de que a exibição ofendia direitos dos postulantes, da Igreja Católica e da imagem de Jesus Cristo. A proibição foi denunciada pela Associação de Advogados pelas Liberdades Públicas A.G., em representação dos senhores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle, Hernán Aguirre Fuentes e da sociedade chilena.

Em 15 de janeiro de 1999, a CIDH submeteu o caso à Corte IDH para que ela decidisse se houve violação, por parte do Chile, dos artigos 12 e 13 da Convenção Americana. Segundo a CIDH, as violações apontadas seriam contrárias aos interesses da sociedade chilena e, em particular, aos dos representados pela Associação de Advogados.

A Corte IDH entendeu que, ao manter a censura cinematográfica em sua Constituição (inciso 12 do art. 19 do Decreto-lei nº 679), o Estado descumpriu o dever de adequar seu direito interno à Convenção Americana e decidiu que o Chile deveria modificar seu ordenamento interno, com o fim de suprimir a censura prévia e permitir a exibição do filme *A Última Tentação de Cristo*. Foi concedido prazo para o cumprimento da decisão e fixado valor a ser reembolsado pelas despesas processuais.

70. É importante mencionar que o artigo 13.4 da Convenção estabelece uma exceção à censura prévia, já que a permite no caso dos espetáculos públicos, mas unicamente com o fim de regular o acesso a eles, para a proteção moral da infância e da adolescência. Em todos os demais casos, qualquer medida preventiva implica o prejuízo à liberdade de pensamento e de expressão.

Do voto concordante do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade extrai-se:

[...] o caso *“A Última Tentação de Cristo”*, que a Corte Interamericana acaba de decidir na presente Sentença sobre o mérito, é verdadeiramente emblemático, não apenas por constituir o primeiro caso sobre liberdade de pensamento e de expressão decidido pela Corte, em sua primeira sessão de trabalho realizada no século XXI, como também—e, sobretudo—por incidir sobre uma questão comum a tantos

países latino-americanos e caribenhos, e que alcança os fundamentos do direito da responsabilidade internacional do Estado e da própria origem desta responsabilidade. À luz das reflexões desenvolvidas neste Voto Concordante, permito-me concluir, em resumo, que:—*primeiro*, a responsabilidade internacional de um Estado Parte em um tratado de direitos humanos surge no momento da ocorrência de um fato—ato ou omissão—ilícito internacional (*tempus commisi delicti*), imputável a este Estado, em violação do tratado em questão;—*segundo*, qualquer ato ou omissão do Estado, por parte de qualquer um dos Poderes – Executivo, Legislativo ou Judiciário – ou agentes do Estado, independentemente de sua hierarquia, em violação de um tratado de direitos humanos, gera a responsabilidade internacional do Estado Parte em questão;—*terceiro*, a distribuição de competências entre os poderes e órgãos estatais, e o princípio da separação de poderes, apesar de que sejam da maior relevância no âmbito do Direito Constitucional, não condicionam a determinação da responsabilidade internacional de um Estado Parte em um tratado de direitos humanos;—*quarto*, qualquer regra de direito interno, independentemente de sua categoria (constitucional ou infraconstitucional), pode, por sua própria existência e aplicabilidade, comprometer *per se* a responsabilidade de um Estado Parte em um tratado de direitos humanos; [...] *décimo primeiro*, uma vez configurada a responsabilidade internacional de um Estado Parte em um tratado de direitos humanos, este Estado tem o dever de restabelecer a situação que garanta às vítimas o desfrute de seu direito lesado (*restitutio in integrum*), fazendo cessar a situação violatória de tal direito, bem como, se for o caso, reparar as consequências desta violação;—*décimo segundo*, as modificações no ordenamento jurídico interno de um Estado Parte necessárias para sua harmonização à normativa de um tratado de direitos humanos podem constituir, no contexto de um caso concreto, uma forma de reparação não pecuniária de acordo com este tratado; e—*décimo terceiro*, neste início do século XXI, requer-se uma reconstrução e renovação do direito de gentes, a partir de um enfoque necessariamente antropocêntrico, e não mais estatocêntrico, como no passado, dada a identidade do objetivo último tanto do Direito Internacional como do direito público interno quanto à proteção plena dos direitos da pessoa humana (grifo do autor).

A Corte IDH, assentada no art. 13.4 da Convenção Americana e na decisão proferida no Caso *A Última Tentação de Cristo* (Olmedo

Bustos e outros) vs. *Chile*, estabelece apenas uma exceção à censura prévia — quando para proteção da moral da infância e da adolescência —, e permite que nos casos de espetáculos públicos seja regulado o acesso a eles. No mais, qualquer medida preventiva implica a supressão à liberdade de expressão e do pensamento.

Tramita no STF uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 2404), com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo PTB, questionando o art. 254 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA), sob o argumento de que o Estatuto teria institucionalizado a censura no Estado, “[...] na medida em que transforma a classificação indicativa em imposição coativa de classificação”. Alega que, tendo a CRFB/88 vedado toda e qualquer censura de forma expressa, descaberia ao intérprete ceder qualquer exceção.

O Ministro Fachin, que sucedeu o Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto-vista, ponderou que o relatório do Ministro Dias Toffoli, voto acompanhado pelos Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ayres Brito,

[...] reconheceu, inicialmente, que a presente ação direta limita-se a impugnar o sistema sancionatório do Estatuto da Criança e do Adolescente, sem questionar, contudo, o sistema protetivo estabelecido pela lei. Afirmou, em seguida, que a ponderação a ser feita entre a liberdade de expressão e a proteção da criança e do adolescente está delineada pela própria Constituição. Assim, por força do disposto no art. 220 da Carta da República, as diversões e espetáculos públicos serão regulados pela União, nos termos do art. 21, XVI, da Constituição, que exercerá a classificação, para efeito indicativo, sobre a natureza e a faixa etária a que se recomendem. De outro lado, também ao Poder Público incumbe a tarefa de prover garantias para remediar eventuais abusos, a indicar que o controle não pode ser feito previamente. Por isso, o destinatário da classificação indicativa é a família, não a emissora de rádio ou televisão. O vocábulo “autorização”, na linha da argumentação apontada pelo Relator, parece apontar para a exigência de licença prévia para a programação de radiodifusão, o que, evidentemente, não poderia ser respaldado pela Constituição.

E divergiu citando expressamente a decisão proferida pela

Corte IDH, no caso *A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*, ressaltando que, sendo o Brasil signatário da Convenção de Direitos Humanos e da Convenção dos Direitos da Criança, deve observar o papel a ser desempenhado pelos meios de comunicação, disposto no art. 17:

Os Estados Partes [sic] reconhecem a função importante desempenhada pelos meios de comunicação e zelarão para que a criança tenha acesso a informações e materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente informações e materiais que visem a promover seu bem-estar social, espiritual e moral e sua saúde física e mental. Para tanto, os Estados Partes [sic]: a) incentivarão os meios de comunicação a difundir informações e materiais de interesse social e cultural para a criança, de acordo com o espírito do artigo 29; b) promoverão a cooperação internacional na produção, no intercâmbio e na divulgação dessas informações e desses materiais procedentes de diversas fontes culturais, nacionais e internacionais; c) incentivarão a produção e difusão de livros para crianças; d) incentivarão os meios de comunicação no sentido de, particularmente, considerar as necessidades lingüísticas [sic] da criança que pertença a um grupo minoritário ou que seja indígena; e) promoverão a elaboração de diretrizes apropriadas a fim de proteger a criança contra toda informação e material prejudiciais ao seu bem-estar, tendo em conta as disposições dos artigos 13 e 18 [...] Quanto ao mérito desta ação direta, cumpre registrar, de plano, que partilho das premissas adotadas pelos eminentes Ministros que me antecederam nesta votação, no sentido de que a Constituição Federal em nenhum momento coonesta com a odiosa prática da censura, ao tempo em que garante a crianças e adolescentes especial proteção. Também reconheço que o direito à ampla liberdade de expressão e o dever de proteção moral das crianças não são incompatíveis e os parâmetros para que se harmonizem estão fixados pela própria Carta da República. [...] Inexiste no texto constitucional brasileiro qualquer disposição que autorize inferir ser admitida a censura prévia. Nesse sentido, a Carta da República ressoa o disposto no art. 13, § 2º, do Pacto de São José da Costa Rica: Artigo 13 – Liberdade de pensamento e de expressão (...) 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos

direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. Há naquele Tratado Internacional expressa ressalva sobre a possibilidade de **classificação prévia** de espetáculos públicos, desde que destinada à proteção moral da infância e da adolescência, conforme disposto no § 4º, do mesmo artigo 13: A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. (grifo grifo do autor)

Verifica-se que é dado mais uma vez ao STF adotar a orientação da Corte IDH, com vistas à preservação do direito da liberdade de expressão e da Democracia, exercitando o controle de convencionalidade das normas contrárias aos tratados internacionais, ratificados pelo Brasil e destinados à proteção moral da criança e do adolescente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A CRFB/88 e outros diplomas constitucionais e convencionais estabelecem proteção à liberdade de expressão. Proteger esse direito é condição essencial para a preservação da sociedade democrática.

A liberdade de manifestação de pensamento inclui, de um lado, o direito de informar, de outro, a liberdade de receber a informação. A proibição, o impedimento, a limitação e a censura prévia desses direitos, a desinformação e a indiferença política, acarretam a deterioração da Democracia.

A liberdade de expressão está consagrada em diversos diplomas constitucionais, legais e convencionais. É considerada um direito fundamental. O desafio maior do processo democrático é garantir a preservação do direito à liberdade de expressão e, de maneira simultânea, impedir que ele seja utilizado para incitar a violência, a difamação, a calúnia, a subversão, a volúpia, o ódio e o preconceito étnico.

No critério de proteção adotado pelo SIDH e pela Corte IDH, a censura prévia deve ser extirpada dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados-membros, o direito à liberdade de expressão e ao

pensamento difundido e exercitado de acordo com os parâmetros e limites dispostos na Convenção Americana e nos demais mecanismos de controle, principalmente para assegurar a proteção moral e os direitos da criança e do adolescente.

Almeja-se que o STF exerça o chamado controle de convencionalidade, como o fez no recurso extraordinário (RE 511.961), e interprete os casos que lhe são submetidos em consonância com os tratados de Direitos Humanos e de acordo com a jurisprudência da Corte IDH.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Roberto. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 7 ago. 2016.

_____. Ministério da Justiça. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/justicagovbr/jurisprudencia-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos-direito-liberdade-de-expresso>>. Acesso em: 3 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Voto-vista Min. Fachin na ADI nº 2404**. Disponível em: <www.stf.jus.com.br>. Acesso em: 3 ago. 2016.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.liberdade.de.expresso.htm>>. Acesso em: 6 ago. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). **La Colegiación Obligatoria de Periodistas**: arts. 13 y 29 convención americana sobre derechos humanos. 1985a. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showDocument.asp?DocumentID=26>>. Acesso em: 7 ago. 2016.

_____. **A Última Tentação de Cristo: Olmedo Bustos e outro Vs. Chile**. 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2016.

_____. **O registro profissional obrigatório de jornalistas**: artigos 13 e 29 da convenção americana sobre direitos humanos. 1985b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/5a3794bc4994e81fd534219e2d57e3aa.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2016.

_____. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile**. 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2016.

_____. **Caso Ríos e outros Vs. Venezuela**. 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría deI derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2011.

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO (GDDC). **Direitos Humanos**: instrumentos e textos originais. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

HÄBERLE, Peter. **La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**: Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley. Madri: Dykinson-Constitucional, 2003.

LEMOIS, Lilian Rose de. **Liberdade na comunicação**: uma interface entre o mundo do direito e da mídia. 2009. 369 f. Dissertação (Pós-Graduação Stricto Sensu em Comunicação e Cultura) – Universidade de Sorocaba, São Paulo. Disponível em: <http://comunicacaoecultura.uniso.br/prod_discente/2009/pdf/lilian_lemois_1.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta Democrática Interamericana**. Disponível em: <http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democratic_Charter.htm>. Acesso em: 26 jul. 2016.

_____. **Declarações Conjuntas da Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=945&lID=4>>. Acesso em: 6 ago. 2016.

_____. **Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito da Liberdade e de Expressão**. Disponível em: <www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/2014>. Acesso em: 6 ago. 2016.

_____. **Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão**. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/>>. Acesso em: 7 ago. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Proteção internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Capítulo 6

AS LEIS DE ANISTIA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Alexandre Estefani

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a América Latina foi palco de vários regimes de exceção, cujo legado ainda é constantemente sentido. Hoje, contudo, após a saída dos regimes de exceção, este cenário é o palco na busca de medidas de adequação entre o legado autoritário e a democracia que o sucedeu. Um dos grandes protagonistas nesse cenário tem sido a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual vêm analisando, nos últimos anos, um dos principais resquícios dos tempos de exceção—as anistias aos agentes públicos acusados de crimes.

Praticamente todos os países que viveram períodos de exceção no continente, detiveram em seu ordenamento leis de anistia, muitas delas ainda produzindo efeitos, como é o caso do Brasil.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos paulatinamente avançou na análise dessas leis, construindo uma jurisprudência emergente e sólida no sentido de estabelecer bases concretas quanto ao âmbito de validade das leis de anistia em face da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A proposta do presente trabalho é justamente analisar como se deu a evolução da jurisprudência da Corte IDH em casos em que leis de anistia foram objeto de debate. O objetivo é identificar não só a evolução jurisprudencial da Corte quanto ao tema, mas também o período temporal em que a jurisprudência foi firmada, para não

haver dúvidas quanto a existência de precedentes em determinados períodos históricos.

Antes, porém, da análise específica das decisões da Corte, é preciso avaliar como se dá o tratamento jurídico das sociedades pós regimes de exceção, com base no que se convencionou conhecer como justiça de transição.

2 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: CONTORNOS E CONCEPÇÃO

O vocábulo “transição”, por si, pode ser considerado como o indicador da passagem de uma condição a outra em qualquer esfera. Para a teoria política e constitucional, contudo, a transição é passível de ser identificada como um intervalo entre um regime político e outro, que abarca tanto a mudança no sistema político como o produto da anterior experiência que vai influenciar no novo regime (MEZETTI, 2003, p. 4).

Por conseguinte, a “justiça de transição” pode ser entendida como um conceito que surge da transição política para emergir no direito, com o objetivo de aplicar e inserir o direito em uma sociedade em transição. A preocupação é não só com a transição real, das forças sociais, mas, prioritariamente, com o papel do direito enquanto condutor de responsabilização nessas sociedades.

Não há uma opinião unânime acerca do conceito de justiça de transição, mas é possível encontrar algumas definições capazes de traçar alguns contornos mínimos em termos de conceituação. Flávia Piovesan (2007, p. 113), por exemplo, identifica que a justiça de transição tem “o delicado desafio de como romper com o passado autoritário e viabilizar o ritual de passagem à ordem democrática”. Swensson (2007, p. 77) aduz tratar-se de “um olhar sobre o passado, quando pendências do regime anterior são revistas e rediscutidas, para então serem decididas e solucionadas”.³⁹

39 O Relatório S/2004/616 do Conselho de Segurança da ONU, também traz a seguinte

Paulo Abrão e Tarso Genro (2012, p. 34) dão a seguinte conceituação ao tema:

A justiça de transição é um conjunto de respostas concretas ao legado de violência deixado pelos regimes autoritários e/ou conflitos civis em escala e que vem sendo empreendidas por via dos planos internacionais, regional ou interno. Seu objetivo é o (re)estabelecimento do Estado de Direito, o reconhecimento das violações aos direitos humanos – suas vítimas e seus autores – e a promoção de possibilidade de aprofundamento democrático, pela justiça, verdade, reparação, memória e reformas das instituições.

O conceito de justiça de transição não se circunscreve ao aspecto penal de responsabilização pessoal, mas sim em todo o arcabouço de respostas capazes de serem empregadas pela sociedade ao final do conflito ou do regime autoritário, respostas essas empregadas por diversos instrumentos e instituições.

Por isso mesmo que Bastos Júnior e Campos (2009) anotam que a justiça de transição envolve uma intrincada rede de instituições e procedimentos:

Falar, portanto, em justiça de transição implica em identificar um feixe complexo de interações entre instituições e atores, interações que se processam por meios de diferentes procedimentos (domésticos e internacionais) e mediante uma rede cada vez mais eficaz de comunicação entre instituições e organizações com atuação transnacionais.

Entre essas interações necessárias à justiça de transição, Paulo Abrão e Tarso Genro (2012, p. 35-37), por exemplo, estabelecem as seguintes iniciativas como instrumentos necessários ao processo transicional: a aplicação do sistema de justiça para apuração e responsabilização dos crimes ocorridos, com o afastamento de anistias

definição para Justiça de Transição: A noção de “justiça de transição” discutida no presente relatório compreende o conjunto de processos e mecanismos associados às tentativas da sociedade em chegar a um acordo quanto ao grande legado de abusos cometidos no passado, a fim de assegurar que os responsáveis prestem contas de seus atos, que seja feita a justiça e se conquiste a reconciliação. Tais mecanismos podem ser judiciais e extrajudiciais, com diferentes níveis de envolvimento internacional (ou nenhum), bem como abarcar o juízo de processos individuais, reparações, busca da verdade, reforma institucional, investigação de antecedentes, a destituição de um cargo ou a combinação de todos esses procedimentos (ONU, Relatório do Secretário Geral nº S/2004/616, 2009).

e prescrições para os crimes contra a humanidade; a criação de comissões de verdade; programas de reparação às vítimas; reformas institucionais dos sistemas de segurança e justiça; políticas públicas de memória; depuração dos agentes públicos envolvidos no regime autoritário e ações de educação para a cidadania.

Seguindo essa linha de compreensão dos instrumentos da justiça de transição, Marcelo Torelly (2012, p. 37) identifica três fases históricas e evolutivas da justiça transicional. A primeira entre 1945 até meados de 1970, que deteve um caráter internacional e punitivo, com a responsabilização dos responsáveis pelas atrocidades da Segunda Guerra. Nessa fase, dois elementos de políticas transicionais foram marcantes: a reforma das instituições e a responsabilização criminal dos agentes.

A segunda fase é identificada entre 1970 e 1989, com a bipolarização mundial advinda da guerra fria. Nesse período, passou-se a repudiar as intervenções de outros países nas justiças internas. Decorrência disso foi a criação de duas novas medidas transicionais; as reparações às vítimas e a implementação de comissões de verdade, como maneira de prestação de contas (TORELLY, 2012, p. 40).

A terceira fase tem início em 1989 e se estende até hoje. A característica mais marcante deste momento é o acionamento de tribunais internacionais com o intuito de devolver à esfera jurídica as questões tratadas no plano político durante as transições (TORELLY, 2012, p. 41).

Exatamente nesta terceira fase da justiça de transição é que a Corte IDH analisou diversas leis de anistia nas Américas e estabeleceu paradigmas em todo o continente. Contudo, a jurisprudência da Corte IDH acerca do tema não adveio de um caso específico ou de um debate repentino, ela foi criada e amadurecida em diversos e complexos casos ao longo dos últimos anos, casos esses que, quando analisados em ordem cronológica, permitem compreender a lógica das anistias nas Américas na visão da Corte IDH.

3 AS LEIS DE ANISTIA NA VISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Para se analisar a evolução da jurisprudência da Corte IDH em casos em que leis de anistia estiveram no centro do debate, é importante analisar os principais casos decididos pela Corte, e em cada um deles, identificar cada novo avanço a respeito do tema. Análise em ordem cronológica permite compreender a evolução da jurisprudência e seus precedentes.

3.1 Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (1988)

A primeira sentença proferida pela Corte IDH diz respeito ao caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras*. Os fatos se referem ao desaparecimento forçado de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez pelas forças armadas do Estado de Honduras.

Nesse caso, a Corte condenou o Estado de Honduras ao pagamento de indenização aos familiares do desaparecido, reconhecendo que o desaparecimento forçado de pessoas foi uma prática estatal generalizada em determinado período naquele país. Não fosse só isso, a Corte reconheceu que o desaparecimento forçado de seres humanos constitui uma violação múltipla e contínua de numerosos direitos reconhecidos na Convenção, em relação a qual os Estados partes estão obrigados a respeitar e garantir.⁴⁰

Apesar de não tratar especificamente a respeito de leis de anistia, essa sentença estabeleceu importante precedente ao definir que todo o Estado parte da Convenção possui uma obrigação afirmativa de processar e punir as violações dos direitos humanos, especificamente em relação ao desaparecimento forçado de pessoas. Isso significa que os Estados partes da convenção não tem apenas uma obrigação de garantir a não violação de direitos (obrigação negativa), mas também

40 [...] O seqüestro da pessoa é um caso de privação arbitrária de liberdade que transgride, além disso, o direito do detido a ser levado sem demora perante um juiz e para interpor os recursos adequados para controlar a legalidade da sua prisão, que infringe o artigo 7º da Convenção.” (CORTEIDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, p. 33).

uma obrigação de efetivamente tomar medidas para impedir futuros abusos, conduzindo investigações, identificando responsáveis e punindo-os, além de compensar as vítimas (obrigação positiva).

É isso que se traduz da interpretação dada pela Corte ao artigo 1.1 da Convenção⁴¹, consoante colhe-se da sentença do caso:

A segunda obrigação dos Estados Partes é a de “garantir” o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção a toda pessoa sujeita à sua jurisdição. Esta obrigação implica o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência desta obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, se possível, do direito violado e, se for o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos.

A decisão reforça que o fator decisivo à configuração da responsabilidade internacional do Estado, nestes casos, consiste em identificar se a violação de direitos ocorreu com o apoio ou aquiescência de Honduras (em qualquer de suas esferas, judiciário, executivo ou legislativo) ou de qualquer outro Estado parte, já que se a violação decorreu de condutas de particulares, sem a participação estatal não se pode falar em violação de direitos por parte do Estado.

Outro ponto importante é que a Corte estabeleceu que o dever de investigar os casos de desaparecimentos forçados subsiste enquanto se mantém a incerteza sobre o destino final da pessoa desaparecida. Esse fator representou importante precedente ao definir os desaparecimentos forçados como crimes permanentes, a representar uma violação aos direitos humanos renovável no tempo. Com tal interpretação, a Corte afastou discussões acerca de sua jurisdição em razão do

41 Art. 1.1 “Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”

tempo, vez que, em regra, os crimes ainda estariam a ocorrer quando do julgamento, e não no tempo do desaparecimento. Esse ponto foi melhor explanado nas decisões seguintes pela Corte, especialmente no caso *Almonacid Arellano*, adiante tratado.

É de se denotar que a Corte não adentrou em discussões acerca da criminalização da conduta de desaparecimento forçado, tampouco em noções de crimes contra a humanidade. Também não discutiu a questão afeta a leis de anistia (MICUS, 2015, p. 115). Ainda assim, o caso Velásquez Rodrigues marcou importantíssimo precedente ao reconhecer o dever positivo de investigação aos Estados como direito fundamental, o que veio a ser a base para o avanço jurisprudencial dos anos que se seguiram.

3.2 Caso Barrios Altos vs. Perú (2001)

Nesse caso de 2001, a Corte IDH enfrentou diretamente uma lei de autoanistia pela primeira vez. O caso tratava do massacre de 15 pessoas pertencentes ao grupo guerrilheiro *Sendero Luminoso*, ocorrido na cidade de Lima, no Peru, na localidade de Barrios Altos, em 3 de novembro de 1991.

Investigações judiciais e a mídia revelaram que os assassinos faziam parte da inteligência militar peruana, mais especificamente de um esquadrão de eliminação chamado Grupo Colina. Em setembro de 1991, o Senado peruano constituiu um comitê de investigação para o caso. Contudo, esse comitê não foi adiante, uma vez que, meses depois, o Governo Nacional de Alberto Fujimori dissolveu o Congresso Nacional (FERREIRA BASTOS, 2008. p. 252).

Por conta de fatores de tal natureza, na condição que então vivia o Peru, apesar do fato ter ocorrido em 1991, foi apenas em abril de 1995 que as autoridades iniciaram uma séria investigação sobre o caso, a qual culminou com a denúncia de cinco oficiais do Exército como responsáveis pelo crime.

Todavia, como resposta a essa investigação, o Congresso peruano sancionou a Lei 26.479, apresentada pelo então Presidente

Alberto Fujimori, em 15 de junho de 1995. Essa lei estabelecia uma anistia a todos os integrantes das forças armadas e civis que foram objeto de denúncias, investigações, procedimentos, condenações ou que estivessem cumprindo sentença em prisão por violações aos direitos humanos cometidas entre os anos de 1980 e 1995 (FERREIRA BASTOS, 2008. p. 252).

Entrementes, mesmo com a promulgação da referida Lei, alguns membros do judiciário peruano não se vergaram à anistia levada a cabo por Fujimori. Assim foi, por exemplo, que a juíza que estava a cuidar do massacre de *Barrios Altos* no primeiro grau—Antonia Saquicuray, efetuando um controle difuso de constitucionalidade⁴², considerou inconstitucional a reforma legal e compreendeu por não aplicável a Lei da Anistia no julgamento dos cinco oficiais acusados no caso. O argumento da Juíza foi de que a lei de anistia peruana violava as normas constitucionais do país.

Não contentes, os advogados dos acusados recorreram à Suprema Corte peruana, mas antes que houvesse qualquer julgamento, o Congresso peruano adotou uma segunda lei de anistia, a Lei 26.492, que, desta vez, declarava que a anistia não poderia ser revisada por qualquer instância e que sua aplicação era obrigatória. Logo após, em julho de 1995, a Corte Superior de Justiça de Lima, outro órgão de apelação do país, arquivou o caso, afirmando que a lei de anistia não era contrária à Constituição peruana ou aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos (FERREIRA BASTOS, 2008. p. 253).

O caso chegou ao Sistema Interamericano em 30 de junho de 1995, quando a Coordenadora Nacional de Direitos Humanos apresentou denúncia à Comissão contra o Peru, por outorgar anistia aos agentes do Estado responsáveis pelos assassinatos de *Barrios Altos*, sendo iniciada a tramitação em 28 de agosto de 1995, sendo que a Comissão decidiu enviar o caso à Corte em 10 de maio de 2000.

Em sentença proferida em 14 de março de 2001, a Corte

42 O Peru, assim como o Brasil, adota o sistema misto de controle de constitucionalidade.

posicionou-se expressamente no sentido de serem as leis de Autoanistia incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos:

Esta Corte considera que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, tais como tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos [...] A Corte considera necessário enfatizar que, à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados Partes têm o dever de tomar providências de todo tipo para que ninguém seja privado da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. É por isso que, quando adotam leis que tenham este efeito, como o caso das leis de autoanistia, os Estados Partes na Convenção incorrem na violação dos artigos 8 e 25, combinados com os artigos 1.1 e 2 da Convenção. As leis de autoanistia conduzem à vulnerabilidade das vítimas e à perpetuação da impunidade, motivo pelo qual são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana. Este tipo de lei impede a identificação dos indivíduos responsáveis por violações de direitos humanos, na medida em que obstaculiza a investigação e o acesso à justiça e impede as vítimas e seus familiares de conhecerem a verdade e de receberem a reparação correspondente.

Denota-se que, neste caso, a Corte utilizou do critério antes definido em *Velázquez Rodríguez* acerca da obrigação positiva do Estado em casos de desaparecimentos forçados, mas aqui ela foi além⁴³, ao estabelecer a não validade das próprias Leis de autoanistia peruanas, por afronta “a letra e o espírito da Convenção Americana”.

Além disso, a Corte estabeleceu que “as mencionadas leis carecem de efeitos jurídicos e não podem representar um obstáculo para a investigação dos fatos deste caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto

43 Corte considera necessário enfatizar que, à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados Partes têm o dever de tomar providências de todo tipo para que ninguém seja privado da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção.

em outros casos ocorridos no Peru relativos à violação dos direitos consagrados na Convenção Americana”, ou seja, a Corte estabeleceu que as leis de anistia peruanas não gozam de eficácia jurídica para o caso julgado e tampouco para qualquer outro caso similar.

Como lembrou em seu voto concordante o Juiz Cançado Trindade, estas ponderações da Corte Interamericana constituíram um novo e grande salto qualitativo em sua jurisprudência, no sentido de buscar superar um obstáculo que os órgãos internacionais de supervisão dos direitos humanos ainda não haviam conseguido transpor: a impunidade. O Juiz ainda lembrou que as chamadas leis de autoanistia, mesmo que se considerem leis sob um determinado ordenamento jurídico interno, não o são no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Vale anotar, no entanto, que a Corte observou que as leis de anistia do Peru eram leis de “autoanistia”, ou seja, concedidas pelo regime de Fujimori aos seus próprios agentes. Assim, o caso *Barrios Altos* não definiu claramente se uma lei de anistia aprovada democraticamente por um governo legítimo e com disposições adequadas em relação a reparações e ao direito a verdade, poderia ou não ser compatível com as obrigações internacionais dos Estados (ENGS-TROM, 2011). Essa situação só foi aclarada em casos posteriores, adiante tratados.

A Corte ainda desenvolveu, nesse julgamento, embora de maneira geral, a interpretação acerca do que chamou de “graves violações dos direitos humanos”, como torturas, execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias e desaparecimentos forçados, que não poderiam ser tolerados. Entretanto, a Corte não adentrou em discussões acerca da configuração dos delitos de lesa-humanidade, muito embora alguns autores compreendam que as violações ocorridas lugar em Barrios Altos, da forma exposta e decidida pela Corte, reúnem os critérios necessários para qualificação de crimes contra a humanidade.⁴⁴

44 Nesse sentido: “[...] las violaciones que dieron lugar al caso Barrios Altos sí reúnen los criterios para calificarlas de crimen contra la humanidad. Sin embargo, em este punto la

Portanto, o avanço ocorrido em *Barrios Altos* é que além da obrigação positiva do Estado, como decidido no caso *Velázquez Rodríguez*, as Leis de autoanistia também foram enfrentadas diretamente e consideradas não compatíveis com a Convenção. O posicionamento adotado pela Corte inaugura sua jurisprudência quanto aos casos específicos de leis de autoanistia.

3.3 Caso Almonacid Arellano vs Chile (2006)

O caso diz respeito ao assassinato do professor chileno *Almonacid Arellano*, baleado na frente de sua residência e de seus familiares em 16 de setembro de 1973, logo no início da ditadura militar chilena, devido ao seu envolvimento com o partido comunista do país. Seus familiares deram início às ações judiciais pertinentes em 1992, após o término da ditadura militar no Chile. No plano interno, eles inicialmente não tiveram qualquer êxito devido à aplicação, pelos tribunais internos, da lei de anistia chilena – Decreto-Lei 2191/78.

A demanda foi então enviada à Comissão em 15 de setembro de 1998, os familiares da vítima questionavam a validade do Decreto-lei 2.191/78, que perdoava os crimes cometidos entre 1973 e 1978, alegando falta de investigação e punição dos responsáveis pela morte de *Almonacid Arellano*, bem como falta de reparação dos seus familiares.

Em 11 de julho de 2005, a Comissão submeteu o caso à Corte, que proferiu sua sentença em 26 de setembro de 2006. Essa decisão marcou uma nova evolução na análise da Corte acerca das Leis de Anistia, complementando, de certo modo, as lacunas existentes no caso *Barrios Altos*.

Com efeito, nesse caso a evolução da Corte partiu da análise concreta e conceitual da expressão *crimes contra a humanidade*, conceito que havia aparecido apenas de maneira indireta em suas anteriores decisões.

Corte argumenta sobre concepto generales y su razonamiento es, por tanto, impreciso. Em Almonacid, la Corte mejora significativamente su argumentación, pero mantiene la limitación de su fundamentación jurídica y algunas imprecisiones.” (DAHER, 2007).

Essa definição passou a ser de crucial importância, já que o Chile não era signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos ao tempo em que *Almonacid* foi assassinado. Há de se lembrar que por *Almonacid* ter sido comprovadamente morto, não desaparecido, não se discutia o critério de competência firmado anteriormente quando se tratava de desaparecimentos forçados, ou seja, o critério do crime permanente ante a não confirmação da morte estava afastado.

Com isso, a Corte precisou justificar sua jurisdição sobre o caso e o dever de processamento dos responsáveis pela morte de *Almonacid Arellano*. Para tanto, ela passou a desenvolver, com mais vagar, o critério de conceituação de crimes contra a humanidade.

Para chegar a tal definição, a Corte realizou uma dupla análise, primeiro ao identificar a configuração de um crime contra a humanidade e suas consequências, para na sequência estabelecer se o caso concreto (que tratava de apenas um homicídio) subsumia-se a esse conceito.

Para chegar a conceituação de crimes contra a humanidade, a Corte aprofundou a análise realizada em seus anteriores julgamentos e se utilizou da jurisprudência internacional sob o tema, já estabelecida inclusive nos tribunais penais internacionais (Iugoslávia e Ruanda).⁴⁵

Não havia e não há um parâmetro claro quanto ao que se reconheça como graves violações de direitos humanos, ou então, crimes contra a humanidade. O Juiz Cançado Trindade, em seu voto separado no caso, lembrou que a configuração dos crimes contra

45 No caso concreto, para a definição de crimes contra a humanidade, entre outros casos, a Corte se valeu, dentre outros, do precedente *Prosecutor vs. Tadić* (1995), quando o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia estabeleceu o seguinte *standard*, usualmente citado como critério definidor do que deve ser entendido como “grave ofensa” do ponto de vista do direito penal internacional: a) a violação deve constituir uma ofensa a uma regra de direito humanitário internacional; b) a regra deve ser “costumeira por natureza” ou, se pertencer a um tratado, deve atender às condições de validade dos acordos internacionais; c) a violação deve ser “séria”, isto é, ela deve constituir uma quebra da regra de proteção a valores importantes, e deve também envolver graves consequências para a vítima; d) a violação da regra deve acarretar, sob o direito costumeiro ou dos tratados, a responsabilidade criminal individual do agressor. Appeals Chamber of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia (ICTY). *Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a “Dule” – Decision of the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, pars. 91-94, j. em 02.10.1995. (SUIAMA, 2012).

a humanidade é uma manifestação mais da consciência jurídica universal, de sua pronta reação aos crimes que afetam a humanidade como um todo. Destacou que, com o passar do tempo, as normas que vieram a definir os “crimes contra a humanidade” emanaram, originalmente, do Direito Internacional consuetudinário, e desenvolveram-se, conceitualmente, mais tarde, no âmbito do Direito Internacional Humanitário, e, mais recentemente, no domínio do *ius cogens*, do direito imperativo.

Com tal base⁴⁶, a Corte considerou que os fatos tratados no caso chileno constituíram-se em crime de lesa-humanidade, porque praticados em um contexto de ataque generalizado contra setores da população civil.

Baseando-se nos parágrafos anteriores, a Corte considera que há ampla evidência para concluir que em 1973, ano da morte do senhor Almonacid Arellano, o cometimento de crimes de lesa humanidade, incluindo o assassinato executado em um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra setores da população civil, era violatório de uma norma imperativa do Direito Internacional. Esta proibição de cometer crimes de lesa humanidade é uma norma de *ius cogens* e a penalização destes crimes é obrigatória conforme o Direito Internacional geral.

104. Diante do exposto, a Corte considera que existe evidência suficiente para sustentar razoavelmente que a execução extrajudicial cometida por agentes estatais contra o senhor Almonacid Arellano – que era militante do Partido Comunista, candidato a vereador do

46 A Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina também abordou no julgamento das Leis do Ponto Final e da Obediência Devida, que aliás sofreram grande influência do caso *Barrios Altos*, a noção de crimes contra a humanidade, e estabeleceu um critério de que tais crimes contêm elementos comuns dos diversos tipos penais descritos e outros excepcionais que permitem qualificá-los como crimes contra a humanidade, porque: 1–afetam o ser humano como integrante da humanidade, contrariando a concepção humana mais elementar; 2–são cometidos por agentes estatais em execução de uma ação governamental ou por um grupo capaz de exercer um domínio sobre um território determinado ([...] *ilícitos “contienen elementos comunes de los diversos tipos penales descritos, y otros excepcionales que permiten calificarlos como “crímenes contra la humanidad” porque: 1- afectan a la persona como integrante de la “humanidad”, contrariando a la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados; 2- son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal sobre un territorio determinado.*” (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. S. 1767. XXXVIII. SIMON, Julio Hector y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa n° 17.768. Fallos: 328:2056. Buenos Aires, 14 de junho de 2005. (F. Voto del Señor Ministro Doctor Don E. Raúl Zaffaroni. La apelación a la supralegalidad).

mesmo partido, secretário provincial da Central Unitária de Trabalhadores e dirigente sindical do Magistério (SUTE), sendo tudo isto considerado uma ameaça por sua doutrina –, perpetrada dentro de um padrão sistemático e generalizado contra a população civil, é um crime de lesa humanidade.

Uma vez definido que o caso se tratava de crime contra a humanidade, a Corte pôde discutir, especificamente, se crimes contra a humanidade são cabíveis de serem abarcados por anistias. A conclusão da Corte sobre o tema está assim descrita na sentença:

A obrigação, estabelecida pelo Direito Internacional, de julgar e, se forem declarados culpados, punir os perpetradores de determinados crimes internacionais, entre os quais se encontram os crimes de lesa humanidade, desprende-se da obrigação de garantia consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana.[...] Os crimes de lesa humanidade produzem a violação de uma série de direitos inderrogáveis reconhecidos na Convenção Americana, que não podem ficar impunes. [...] Em face das considerações anteriores, a Corte avalia que os Estados não podem se eximir do dever de investigar, identificar e punir os responsáveis pelos crimes de lesa humanidade aplicando leis de anistia ou outro tipo de normativa interna. Consequentemente, não se pode conceder anistia aos crimes de lesa humanidade.

Para a Corte, a partir de tal caso, ficou estabelecido, expressamente, que crimes contra a humanidade não são passíveis de anistia de qualquer espécie, independente da origem da norma.

Não bastasse a definição acerca de crimes contra a humanidade e sua incompatibilidade com leis de anistia, a Corte ainda estabeleceu outro importante ponto de discussão neste caso, acerca das regras de prescrição.

Com efeito, a Corte IDH estabeleceu no caso *Almonacid Arellano* que há uma vedação em relação a regras de prescrição para fatos caracterizados como crimes contra a humanidade. Esta proibição, segundo o entendimento da Corte, deriva de uma norma de *ius cogens*, que independe, inclusive, de sua previsão expressa na Convenção sobre imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade, já que a Corte entendeu que a Convenção sobre imprescritibilidade, que é de 1968, apenas reconheceu (mas não criou) uma norma que já

era garantida pelo direito consuetudinário internacional.⁴⁷

Com esse argumento, a Corte entendeu que apesar de o Estado chileno não haver ratificado a referida Convenção sobre imprescritibilidade de 1968, idêntica situação a do Brasil aliás, ele estaria obrigado a declarar a imprescritibilidade do crime considerado como contra a humanidade e de qualquer outro de mesma natureza.

Não fosse só isso, esse julgamento ainda propiciou um outro relevante fator de evolução da jurisprudência da Corte. Ao analisar preliminar levantada pelo Estado chileno, a Corte reconheceu a sua própria competência para a análise de leis de anistia editadas antes da adesão do Estado parte à Convenção de Direitos Humanos. Isso porque, o fato debatido no caso em apreço ocorreu em 17 de setembro de 1973, ao passo que o Chile só depositou sua ratificação da Convenção Interamericana em agosto de 1990.

A Corte enfrentou tal questão expressamente e reconheceu sua jurisdição basicamente sob dois argumentos.

O primeiro argumento seguiu a premissa de que quando um Estado membro ratifica a Convenção, ele se obriga a adequar sua legislação interna a fim de cumprir o art. 2º da Convenção. Com isso, a partir desse momento, o Estado torna-se violador da Convenção até a tomada das medidas adequadas para adequação de seu corpo legal. Em resumo, quando o Estado adere à Convenção, ele se obriga a adequar sua legislação a ela. Logo, como as leis de anistia chilena seguiram produzindo efeitos após a adesão do país à jurisdição da Corte, a questão temporal restou superada.⁴⁸

47 Embora tal pretensão possa parecer fugir do lugar comum, especialmente no direito penal, ela é bem enfatizada por Zaffaroni. O citado autor defende a imprescritibilidade em razão da falta de legitimidade do direito penal para conter o poder punitivo para esta espécie de delito, já que “não há uma racionalidade em garantir a extinção da ação penal pelo decurso do tempo em um crime contra a humanidade, senão a irracionalidade própria do poder punitivo, seletivo e reprodutor do mesmo fato”. Essa teoria foi plenamente aceita pela Suprema Corte Argentina em seus julgamentos interno, como, por exemplo, no caso *Arancibia Clavel*, Enrique Lautaro s/ homicídio y asociación ilícita. (ZAFFARONI, 2001, p. 437-446).

48 O suposto descumprimento do artigo 2 da Convenção Americana se produz a partir do momento em que o Estado se obrigou a adequar sua legislação interna à Convenção, ou seja, no momento em que a ratificou. Em outras palavras, a Corte não possui competência para

O segundo argumento adotado pela Corte IDH para firmar sua jurisdição, foi de que se os fatos criminosos foram qualificados como crimes de lesa humanidade pelo direito internacional, não importa se a legislação nacional os penalizava ou não ao tempo do crime, vez que eles já eram penalizados pelo direito internacional consuetudinário, em face do que o Estado não pode se furtar a processar e punir seus violadores (PARA VERA, 2013, p. 13).

Além disso, neste caso, a Corte também estabeleceu outro importante precedente ao enfrentar a questão do controle difuso de convencionalidade. Nesse aspecto a compreensão da Corte foi de que: “[...] os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não só um controle de constitucionalidade, mas também um controle de convencionalidade, ‘ex officio’ entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências”.

Isso significa que o controle de convencionalidade pode e deve ser feito por qualquer julgador, de maneira difusa, inclusive no plano interno dos Estados membros, situação ainda muito pouco explorada no Brasil.

Por fim, fator interessante e até contestável é que a Corte determinou ao Chile a obrigação de revogar as leis manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana, visando evitar possíveis obstáculos futuros nos processos de reparação.

Portanto, é possível afirmar que no caso *Almonacid Arellano* houve uma evolução em relação ao caso *Barríos Altos*, com uma análise muito mais ampla e minuciosa levada a efeito pela Corte IDH. Primeiro pela análise do caso concreto constituir ou não um crime contra a humanidade. Depois pela análise da tipificação de crimes contra a humanidade definidos por regras de *ius cogens* e sua consequente imprescritibilidade, além da análise temporal e da determinação de

declarar uma suposta violação ao artigo 2 da Convenção no momento em que este Decreto Lei foi promulgado (1978), nem a respeito de sua vigência e aplicação até 21 de agosto de 1990, porque até esse momento não existia o dever do Estado de adequar sua legislação interna aos parâmetros da Convenção Americana. Entretanto, a partir dessa data, vige para o Chile tal obrigação e esta Corte é competente para declarar se este a cumpriu ou não. (CORTEIDH, Caso *Almonacid Arellano* e outros vs. Chile. p. 11)

desenvolver, pela primeira vez, seu conceito de controle de convencionalidade, pelo qual Estado membro é obrigado a cumprir com as decisões da Corte e realizar o controle difuso de convencionalidade. (MICUS, 2015, p. 118)

3.4 Caso La Cantuta vs. Perú (2006)

O caso trata de desaparecimentos forçados e execuções sumárias de nove estudantes e um professor da *Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle*, localizada em La Cantuta, na cidade de Lima, ocorridos em 1992, e posterior ausência de investigações e punição em face de leis de anistia. (FERREIRA BASTOS, 2012, pp. 262-3)

Nesse caso, a Corte consolidou seu entendimento sobre leis de anistia nos mesmos moldes que em seus anteriores julgamentos. A Corte reiterou, com maior ênfase em *La Cantuta*, a questão afeta a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade como norma de *ius cogens*.

[...] mesmo quando o Estado não tenha ratificado a dita Convenção (sobre imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade), esta Corte considera que a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade surge como categoria de norma de Direito Internacional Geral (*ius cogens*) que não nasce com a Convenção, mas que está reconhecido nela. Consequentemente o Estado não pode deixar de cumprir essa norma imperativa.

Ademais, houve uma evolução da Corte ao estabelecer que tão só a promulgação de leis de anistia, em casos de crimes contra a humanidade, demonstram a violação da referida Convenção e geram a responsabilidade estatal do estado.

Outro ponto importante nesse julgamento foi a evolução acerca da análise do controle difuso de convencionalidade, que já havia aparecido no caso *Almonacid Arellano*, mas que ganhou novos contornos em *La Cantuta*. O diferencial em *La Cantuta* foi o estabelecimento de que os juízes nacionais devem, ao realizar o controle de convencionalidade, levar em consideração não só os Tratados internacionais, mas também a interpretação que as Cortes Internacionais

realizam desses tratados, mais especificamente, a interpretação dada pela própria Corte IDH acerca da Convenção Americana.

Para executar esta tarefa, de acordo com a decisão do Tribunal, “o Judiciário tem de ter em conta não só o tratado, mas também a interpretação dele feita pela Corte Interamericana, que é a intérprete final da Convenção Americana”. Esse fator tornou-se preponderante na criação de *standarts* interpretativos mínimos acerca da Convenção Americana.

É a partir de tal linha decisória que Mac-Gregor, por exemplo, vai estabelecer que a coisa julgada, no tocante às sentenças da Corte IDH, vai se dividir em duas formas de proteção de sua autoridade: direta (*res judicata*), em relação aos Estados partes do caso concreto, e indireta (*res interpretata*), em relação aos demais Estados partes da Convenção. No primeiro caso (*res judicata*), há uma obrigação de cumprimento concreta ao Estado vencido, vinculante nos próprios termos da sentença. Nessas situações, cabe ao Estado simplesmente cumprir a decisão da Corte IDH. Já no segundo caso, na eficácia indireta (*res interpretata*), a coisa julgada vai lançar efeitos aos demais Estados partes da Convenção, os quais passam a se obrigar ao cumprimento não só da própria Convenção Americana, mas também e principalmente da interpretação que a Corte IDH faz da Convenção. (FERRER MAC-GREGOR, 2013, p. 652)

Outro fator importante e novo nesse caso foi o estabelecimento da necessidade de se impor um dever de cooperação internacional para a erradicação da impunidade, como uma garantia coletiva. A Corte sustentou que se tratado de um contexto de violação sistemática de direitos humanos, a necessidade de erradicar a impunidade se apresenta frente a comunidade internacional como um dever de cooperação interestatal, de tal forma que determina que um Estado exerça sua jurisdição ou colabore com outros Estados para impulsionar a investigação dos fatos. Essa sistemática passa a ser compreendida como uma obrigação *erga omnes* imposta aos Estados partes na efetivação dos direitos reconhecidos na convenção.

Essa determinação acabou por ter um importante efeito prático, já que foi utilizada como base argumentativa, por exemplo, pela Suprema Corte Chilena para permitir a extradição de Alberto Fujimori, que então estava exilado no Chile, para responder perante a Justiça peruana pelos massacres de *La Cantuta* e *Barrios Altos*. (PARRA VERA, 2012, p. 12)

3.5 Caso Júlia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil (2011)

O caso envolvendo o Brasil diz respeito ao desaparecimento forçado de pessoas no caso conhecido como *Guerrilha do Araguaia*.

Ao julgar o caso brasileiro, a Corte seguiu a mesma linha decisória adotada uma década antes no caso peruano, compreendendo que as disposições da Lei da anistia brasileira, que impedem a investigação e a sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana e não têm efeito jurídico.

Colhe-se do julgamento referido:

As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. 4. O Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos [...]. O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial

previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 desse instrumento, pela falta de investigação dos fatos do presente caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas e da pessoa executada.

Não bastasse, a Corte ainda determinou que o Brasil conduzisse eficazmente a investigação penal dos fatos, determinasse as responsabilidades penais, bem como que aplicasse as sanções respectivas.⁴⁹

Esse julgamento representou a primeira avaliação específica da Lei da Anistia brasileira por um tribunal internacional. Fato interessante é que o caso foi julgado meses após o Supremo Tribunal Federal do Brasil ter declarado a Lei da Anistia Brasileira válida e constitucional no julgamento da ADPF 153, utilizando muitos argumentos que, logo em seguida, foram rechaçados expressamente pela Corte Interamericana. Aliás, o julgamento do STF foi expressamente citado pela Corte IDH, já que foi essa uma das exceções opostas pelo Estado brasileiro junto à Corte. A Corte IDH foi expressa nesse ponto:

A demanda apresentada pela Comissão Interamericana não pretende revisar a sentença do Supremo Tribunal Federal [...] Em numerosas ocasiões, a Corte Interamericana afirmou que o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana, o que inclui, eventualmente, as decisões de tribunais superiores. No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização

49 Dispõe, por unanimidade, que: [...] 8. Esta Sentença constitui per se uma forma de reparação. 9. O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença. 10. O Estado deve realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 261 a 263 da presente Sentença. [...] O Estado deve adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, nos termos do estabelecido no parágrafo 287 da presente Sentença. Enquanto cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e, se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno. (CORTEIDH, Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil)

de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento nº 153, mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana. Consequentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância. O Tribunal, portanto, desestima esta exceção preliminar.

A Corte deixou expressa a diferença entre o controle de convencionalidade entre o ato e a Convenção de Direitos Humanos, por ela realizado, e o controle de constitucionalidade realizado pelos Tribunais Constitucionais Nacionais, como o fez o Supremo Tribunal Federal. O objetivo foi estabelecer que a Corte IDH não pode e não tem legitimidade para analisar o acerto ou desacerto da decisão do Supremo no que tange ao controle de constitucionalidade interno, mas sim sua adequação aos termos da Convenção Interamericana.⁵⁰

Fato também importante analisado pela Corte foi a questão da bilateralidade da anistia brasileira. Na ADPF 153, a tônica da decisão do STF circundou a idéia da anistia bilateral, que seria justamente, na interpretação do STF, o principal fator a dar ares de legitimidade à anistia brasileira. Inclusive, o voto do Ministro Celso de Mello (um dos poucos do Supremo a citar a jurisprudência da Corte IDH, e ainda assim, equivocadamente) expressamente destacou que o precedente *Barrios Altos* não se aplicava ao caso brasileiro que tratava de uma anistia bilateral⁵¹.

50 No caso da Lei de Anistia, o STF efetuou o controle de constitucionalidade da norma de 1979, mas não se pronunciou a respeito da compatibilidade da causa de exclusão da punibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro. Ou seja, não efetuou – até porque não era esse o objeto da ação – o chamado controle de convencionalidade. A anistia aos agentes da ditadura, para subsistir, deveria ter sobrevivido intacta aos dois controles, mas só passou por um, o controle de constitucionalidade. Foi destroçada no controle de convencionalidade. (RAMOS, 2011, p. 217.)

51 Colhe-se as seguintes passagens do voto do Ministro Celso de Mello: [...]Reconheço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em diversos julgamentos – como aqueles proferidos, p. ex., nos casos contra o Peru (“Barrios Altos”, em 2001, e “Loayza Tamayo”, em 1998) e contra o Chile (“Almonacid Arellano e outros”, em 2006) –, proclamou a absoluta incompatibilidade, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, as denominadas “leis de auto-anistia

Contudo, ao contrário do que o Ministro Celso de Mello assestou em seu voto, a jurisprudência da Corte IDH, ao menos desde o caso *Almonacid Arellano*, já havia estabelecido que o que importava para a não validade das leis de anistia era justamente saber qual espécie de crime se estava a anistiar, e não a questão da bilateralidade ou não da origem da norma.

A par disso, e talvez até por conta de tal interpretação do STF no caso Gomes Lund, a Corte IDH aprofundou a análise das leis de anistia e esclareceu, novamente e desta vez de maneira bastante expressa, que o que importa para a validade das leis de anistia é menos o aspecto formal de origem da norma (anistia uni ou bilateral), mas muito mais o aspecto material sobre o que se está a anistiar, já que a anistia de graves violações de direitos humanos não é aceita pela Corte como válida. Colhe-se do julgado da Corte IDH neste ponto:

Quanto à alegação das partes a respeito de que se tratou de uma anistia, uma auto-anistia ou um “acordo político”, a Corte observa, como se depreende do critério reiterado no presente caso (par. 171 supra), que a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações de direitos humanos e não se restringe somente às denominadas “autoanistias”. Além disso, como foi destacado anteriormente, o Tribunal, mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se atém à sua *ratio legis*: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar. A incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana nos casos de graves violações de direitos humanos não deriva de uma questão formal, como sua origem, mas sim do aspecto material na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, em relação com os artigos 1.1. e 2 da Convenção.

Não fosse só isso, outro ponto bastante importante no caso Gomes Lund diz respeito ao direito à verdade. Para a Corte IDH, a privação do acesso à verdade dos fatos sobre o destino dos

(...)É preciso ressaltar, no entanto, como já referido, que a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma lei de auto-anistia, o que torna inconsistente, para os fins deste julgamento, a invocação dos mencionados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com efeito, a Lei nº 6.683/79 – que traduz exemplo expressivo de anistia de “mão dupla” (ou de “dupla via”), pois se estendeu tanto aos opositores do regime militar quanto aos agentes da repressão. (STF, ADPF n. 153, Voto Min. Celso de Mello).

desaparecidos no Araguaia (a maior parte deles até hoje sem paradeiro conhecido) constitui uma forma de tratamento cruel e desumano. A incerteza e a ausência de informação por parte Estado acerca dos acontecimentos foram consideradas pela Corte como uma fonte de sofrimento e angústia, além de terem provocado nos familiares um sentimento de insegurança, frustração e impotência, diante da abstenção do Estado em investigar os fatos.

3.6 Caso Gélman vs. Uruguai (2012)

O caso versa sobre o reconhecimento à personalidade e o desaparecimento forçado de *María Claudia Gelman*, ocorrido em 1976, quando foi detida em Buenos Aires, em estado avançado de gravidez. Ao que consta, ela foi trasladada ao Uruguai, onde gerou sua filha que lhe foi retirada à força e entregue à adoção para uma família uruguaia, atos que a Comissão Interamericana indica terem sido praticados por agentes estatais argentinos e uruguaiois na Operação Condor, sem que até o momento se conheça o paradeiro da mãe e as circunstâncias de seu desaparecimento. *María Macarena*, filha da desaparecida, foi encontrada no Uruguai, anos depois, após uma longa investigação levada a efeito por seu avô.

Nessa situação, a Corte considerou o Uruguai responsável por haver violado, desde o nascimento de *María Macarena Gelman* e até o momento em que se recuperou sua verdadeira e legítima identidade, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida e liberdade pessoal, à família, ao nome, aos direitos da criança e à nacionalidade reconhecidos na Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado, além da violação ao direito à integridade e à família de *Juan Gelman*, pai de *María Macarena*.

No caso uruguaio, um fator específico e interessante é que o país dispunha da Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva Lei 15.484, a qual foi submetida, já no regime democrático, a consulta popular, em duas ocasiões, intercaladas por um intervalo de dez anos. Nessas duas ocasiões, a própria população uruguaia, democraticamente, decidiu pela validade da Lei de Anistia. É verdade que a própria Corte

Suprema Uruguia declarou a inconstitucionalidade da norma e não reconheceu validade aos referendos, por compreender que eles violavam direitos fundamentais que não estão a disposição da maioria.

De todo modo, a Corte IDH entendeu expressamente que o fato de a Lei de Caducidade uruguia ter sido aprovada em um regime democrático e ainda ratificada ou respaldada pelos seus cidadãos em duas ocasiões, não lhe concede, por si só, legitimidade ante o Direito Internacional.

(...) A mera existência de um regime democrático não garante, per se, permanente respeito ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual tem sido assim considerado inclusive pela própria Carta Democrática Interamericana. A legitimação democrática de determinados fatos ou atos em uma sociedade está limitada pelas normas e obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana, de modo que a existência de um verdadeiro regime democrático está determinada pelas suas características tanto formais como substanciais, pelo que, particularmente em casos de graves violações de direitos humanos, constitui um limite inegociável da regra da maioria, é dizer, na esfera do “susceptível de decidido” por parte da maioria nas instâncias democráticas, nas quais também deve primar um “controle de convencionalidade” (...), que é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não só do Poder Judicial. Nesse sentido, a Suprema Corte de Justiça exerceu, no caso *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, um adequado controle de convencionalidade da Lei de Caducidade, ao estabelecer, inter alia, que “o limite da decisão da maioria reside, essencialmente, em duas coisas: a tutela dos direitos fundamentais (os primeiros, entre todos, são o direito à vida e à liberdade pessoal, e não há vontade da maioria, nem interesse geral nem bem comum ou público em benefício dos quais possam ser sacrificados) e à sujeição dos poderes públicos à lei”. (Corte IDH, 2011, parágrafos 238 e 239). Ainda que a Suprema Corte de Justiça uruguia já tenha reconhecido a inaplicabilidade da Lei de Caducidade, e a lei não seja mais um obstáculo na atualidade, as investigações sobre o presente foram prejudicadas pela aplicação da lei e já ultrapassaram o limite da razoabilidade da duração dos procedimentos. Assim, apesar do reconhecimento da carência de efeitos jurídicos da lei em casos de graves violações aos direitos humanos, o Estado não cumpriu sua obrigação

de adequar o direito interno à Convenção Americana de Direitos Humanos e à Convenção Interamericana sobre Desaparecimentos Forçados de Pessoas (Corte IDH, 2011, parágrafos 241 a 246)

Além dessa situação específica, no caso *Gelman vs. Uruguay*, a Corte IDH afirmou expressamente, novamente, que suas sentenças não se aplicavam apenas ao caso concreto, entre os Estados partes do caso, mas que produziriam efeitos vinculantes para todos os Estados signatários da Convenção, como um *standard* interpretativo, como já explicitado no caso *La Cantuta vs. Perú*.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos formatou, ao longo dos anos, uma sólida jurisprudência em relação a leis de anistia, com alguns conceitos bastante específicos. A análise dos casos aqui tratados, em ordem cronológica, buscou demonstrar os momentos em que a Corte estabeleceu alguns de seus critérios mais importantes a respeito do tema.

A evolução relatada pela Corte IDH deveria ter chegado, de há muito, ao arcabouço jurisprudencial dos Tribunais internos de cada Estado parte da Convenção, principalmente a partir da definição da obrigação dos estados em a zelar também pelo controle de convencionalidade, tomando por base não só a Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também a interpretação que a Corte IDH faz da Convenção.

Infelizmente, os juízes e tribunais brasileiros têm demonstrado imensa dificuldade na utilização dos precedentes internacionais em sua sistematização interna, como, aliás, tristemente demonstrou o STF quando do julgamento da ADPF 153, quando a jurisprudência internacional, que já havia sido firmada quase uma década antes pela Corte IDH, foi solenemente ignorada pela quase totalidade dos ministros da Suprema Corte, mesmo aqueles que votaram pela inconstitucionalidade da Lei da Anistia.

Essa situação exposta pelo STF, na verdade, não é nada diferente do

quadro existente em todo o judiciário nacional, desde o primeiro grau. O controle difuso de convencionalidade raramente tem sido observado pelo judiciário, que, via de regra, ignora por completo tal dinâmica, salvo alguns precedentes isolados que começam a despontar no país⁵².

Esse isolamento jurídico e a ignorância dos precedentes do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, precisam ser revistos urgentemente no cenário nacional. Já é tempo de o Brasil reconhecer seu papel como garantidor de direitos e adentrar integralmente no sistema internacional de proteção de direitos humanos. Já é tempo de o Estado brasileiro, em todas as suas esferas, mas em especial no judiciário, ter a humildade e a sapiência de compreender que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos são vinculantes, que há um arcabouço de precedentes que precisam ser no mínimo conhecido e debatido sempre, em todos os casos afetos, e não apenas quando interessam ao pensamento dominante como justificativa para decisões pré-definidas.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. **Os Direitos da Transição e a Democracia no Brasil**: Estudos sobre Justiça de Transição e Teoria da Democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN. **Delitos de lesa humanidad**. Buenos Aires: Corte Suprema, 2009. p. 172. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/data/lesahumanidad.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. Entre as Justiças Retributivas e Restaurativa: Fragmentos em torno do debate sobre a transição no Brasil. *in*. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, Ministério da Justiça, n. 2, p. 292-315, jul./dez. 2009. Disponível em: [http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2010RevistaAnistia02\[1\].pdf](http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2010RevistaAnistia02[1].pdf). Acesso em 11.12.2016

52 Nesse sentido, por exemplo, a decisão do Juiz Alexandre Moraes da Rosa, nos Autos n. 0067370-64.2012.8.24.0023, que afastou a validade do artigo 331 do Código Penal em face do artigo 13 da Convenção Interamericana—Princípios Sobre a Liberdade de Expressão. Colhe-se dessa decisão: “[...] cumpre ao julgador afastar a aplicação de normas jurídicas de caráter legal que contrariem tratados internacionais versando sobre Direitos Humanos, destacando-se, em especial, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC), bem como as orientações expedidas pelos denominados “*treaty bodies*” – Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, dentre outros – e a jurisprudência das instâncias judiciais internacionais de âmbito americano e global – Corte Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Internacional de Justiça da Organização das Nações Unidas, respectivamente.” (Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade/>>. Acesso em: 18 maio 2016)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf>>.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. **Revista da Faculdade de Direito FMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 37-68, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; MORENO, Alfredo Martínez. **Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional**. San José da Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003. p. 58-60. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/Doclat1.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2015

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Arellano vs. Chile**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

_____. **Caso Barrios Altos vs. Peru**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2014.

_____. **Caso Gélman vs. Uruguay**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em 30.05.2016

_____. **Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 30 maio 2015.

_____. **Caso La Cantuta vs. Perú**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/bbc1e35bbc9642732059e06abd21568.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: 30 fev. 2015.

DAHER, José Zalaquett. **El Caso Almonacid**. La Noción de una Obligación Imperativa de Derecho Internacional de Enjuiciar Ciertos Crímenes y la Jurisprudencia Interamericana sobre Leyes de Impunidad. Disponível em <http://www.anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13481/13749>. Acesso em 03.04.2016

ENGSTROM, Par. A Anistia e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *In*: **A Anistia na Era da Responsabilização**: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/9ago11_oxford_completo_web.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2014.

FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **Anistia**: as leis internacionais e o caso brasileiro. Curitiba : Jurua, 2008.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay). **Revista de Estudios Constitucionales**, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, v. 11, n. 2, p. 641-694.

_____. PELAYO MOLLER, Carlos Maria. La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1º del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal consti-

tucional mexicano. **Estudios Constitucionales**, Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 10, n. 2, p. 141-192, 2012

MAIA, Fábio Fernandes. **Lei de Anistia e Justiça de Transição**. O redimensionamento do debate e o julgamento da ADPF 153 pelo STF. Curitiba: Juruá, 2014.

MEZETTI, Luca. **Teoria e Prasi delle Transizioni Costituzionali e del Consolidamento Democratico**. Padova/Itália: CEDAN, 2003

MICUS, Annelen. **The Inter-American Human Rights System as a Safeguard for Justice in National Transitions**. From Amnesty Laws to Accountability in Argentina, Chile and Peru. *International studies in human rights*, v. 113. Brill Nijhoff: Boston. 2015

NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. Relatório do Secretário Geral n° S/2004/616. **O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito**. Ministério da Justiça. Revista Anistia Política e Justiça de Transição. Vol. 1, Brasília, 2009:325. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={-67064208-D044-437B-9F24-96E0B26CB372}>.

PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, FMP, n. 4, 2007.

_____. **Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da FMP. N 4. Porto Alegre. FMP. 2007.

RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte IDH. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. 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, jan./dez. 2009.

SUIAMA, Sergio Gardenghi. Problemas Criminais da Sentença da Corte IDH no caso Gomes Lund: Respostas do Direito Comparado. **Custus Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custos-legis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Suiama_Caso_Gomes_Lund.pdf. Acesso em: 10 abr. 2016.

SWENSSON JR., Lauro Joppert. **Anistia Penal**. Problemas de validade da lei de anistia brasileira (Lei 6.682/79). Curitiba: Juruá, 2007,

TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012

PARRA VERA, Oscar. **La Jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la Luca contra la impunidad**: algunos avances y debates. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 13, vol. 1. (P. 5-51) 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. **Nueva Doctrina Penal**, Buenos Aires, Ed. Del Puerto S.R.L., n. 2000-B, p. 437-446, 2001.

Capítulo 7

A CORTE INTERAMERICANA NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O CASO DA ADPF N. 153

Antonio Shiguelo Nakazima Junior

1 INTRODUÇÃO

Durante 21 anos nosso país esteve sob o jugo de uma ditadura, iniciada em 1º de abril de 1964 com a deposição do então presidente João Goulart pelos militares. Foram mais de duas décadas marcadas pela repressão e arbitrariedade de um governo que se manteve no poder pelo uso da força e de decretos normativos, denominados de atos institucionais.

Uma das peculiaridades desse regime foi a troca de presidentes, por meio de eleições indiretas, na tentativa de conferir um aspecto democrático ao governo. Foram cinco presidentes militares e coube ao último deles, o General João Baptista Figueiredo, o papel de coordenar a transição para o retorno à democracia, incluindo a assinatura da lei de anistia, em 1979.

A Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979 concedeu anistia a todos aqueles que no período entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 tenham cometido crimes políticos ou conexo com estes. Adiante da abrangência desta lei, que beneficiou inclusive os que cometeram crimes comuns, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153, objetivando a declaração de não-recebimento pela Constituição Federal de 1988, do parágrafo 1º do artigo 1º da referida lei, que definiu o que considerava como

crimes conexos.

O presente estudo pretende analisar como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi mencionada no julgamento da ADPF n. 153 pelo Supremo Tribunal Federal, que julgou improcedente a ação e considerou válida a Lei de anistia brasileira.

Para tanto, far-se-á um breve apanhado sobre a criação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, composto pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e após, analisar-se-á o julgamento da ADPF n. 153, em especial os votos proferidos pelos ministros Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

Busca-se com esse estudo observar como as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos têm sido abordadas no âmbito nacional, diante de seu importante papel na proteção dos direitos humanos, procurando munir o leitor de informações necessárias para a reflexão sobre o tema sem, todavia, ter a pretensão de esgotar o assunto.

2 O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O avanço tecnológico visto nesse último século ajudou a diminuir as distâncias entre os países do mundo, promovendo um maior intercâmbio não só de mercadorias, mas de pessoas, de culturas, de ideias e de informação. A bordo de um avião, em algumas horas é possível chegar a quase toda parte do globo terrestre; no supermercado, encontramos facilmente produtos vindos de Hong Kong ou da Noruega; pela televisão ou pela internet, tomamos conhecimento dos fatos que estão ocorrendo na Ucrânia ou na República Democrática do Congo em tempo real.

Essa forma globalizada de nos relacionar com o mundo implica em uma nova organização nas conexões entre os países, não restrita apenas a acordos comerciais, mas com vistas a formar uma comunidade internacional.

Contudo, tal cenário foi se delineando aos poucos, primeiro

com parcerias bilaterais, passando a ser multilateral com a interação entre mais países. É o que nos explica Seitenfus (1997, p. 23):

Um patamar superior de cooperação internacional foi alcançado quando três ou mais Estados decidiram trabalhar para atingir fins comuns. Passamos então do bilateralismo para o *multilateralismo*. Este vem a ser o traço fundamental da organização internacional contemporânea.

Esses elos multilaterais transformaram-se em blocos regionais, como o Mercosul, a União Europeia, que preveem uma flexibilização das fronteiras, quebrando com a noção de estados soberanos que vigorava até então. Segundo Paes e Santos (2015, p. 105):

Assim, tem-se que o Estado caminhou no sentido de várias modificações estruturais, como a aproximação com outros países e a formação de blocos regionais, e, em consequência, se instauraram diversas crises, inclusive a de sua soberania estatal, que já não pode ser considerada um instituto pleno.

Por outro lado, viu-se a necessidade da criação de organismos internacionais responsáveis por mediar as relações entre os países em seus mais variados aspectos: no âmbito comercial, na proteção aos direitos humanos ou na resolução de conflitos. Sobre as organizações internacionais, diz Seitenfus (1997, pp. 26-27) que “trata-se de uma sociedade entre Estados, constituída através de um Tratado, com a finalidade de buscar interesses comuns através de uma permanente cooperação entre seus membros”.

Outro fator importante a ser destacado na criação das organizações internacionais hoje existentes foram os terríveis acontecimentos que marcaram a primeira metade do Século XX, posteriormente denominadas de Primeira e Segunda Guerra Mundial, que chocaram pela barbárie dos crimes cometidos contra a humanidade. Como resalta Guerra (2013, p. 1):

Além disso, importante lembrar que o século XX foi marcado por trágicas consequências para a humanidade advindas da eclosão de grandes conflitos mundiais. Numa violação de direitos humanos sem precedentes, a Segunda Guerra Mundial tornou-se um marco de

afronta à dignidade da pessoa humana. Foi então no pós-guerra que os direitos da pessoa humana ganharam extrema relevância, consagrando-se internacionalmente, surgindo como resposta às atrocidades cometidas durante o conflito mundial, especialmente aos horrores praticados nos campos de concentração da Alemanha nazista.

Sobre a brutalidade da Segunda Guerra Mundial, expõe Piovesan (2012, p. 184):

Apresentado o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeitos de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana. No dizer de Ignacy Sachs, o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial.

Em decorrência disso, houve uma articulação da comunidade internacional, no sentido de criar organismos e uma legislação de defesa dos direitos humanos, para evitar novos conflitos como aqueles. São desse período a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, da OEA.

Acerca dessa movimentação mundial, comenta Guerra (2013, p. 2):

Por isso mesmo é que a doutrina tem-se posicionado acerca da criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos como um fenômeno do pós-guerra, sendo o seu desenvolvimento atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional dos direitos da pessoa humana já existisse, o que motivou o surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945.

No mesmo sentido, é a lição de Gomes e Mazzuoli (2011, p. 54):

O direito internacional dos direitos humanos nasceu com toda intensidade após o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945). As atrocidades da primeira metade do século XX (lamentavelmente os fascismos e nazismos continuaram, em alguns pontos do planeta,

na segunda metade daquele século) levaram incontáveis nações soberanas a, juntas, darem autonomia a esse ramo do direito chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, hoje tido como ramo autônomo das Ciências Jurídicas.

Podemos destacar, então, a criação dos principais órgãos internacionais, durante a década de 40, como a Organização das Nações Unidas – ONU, e a Organização dos Estados Americanos – OEA, entre outros.

A urgência em evitar um novo confronto armado da dimensão que foi a Segunda Guerra Mundial, levou à criação da ONU no mesmo ano em que se encerrou o conflito. Nas informações trazidas, por Seitenfus (1997, p. 107):

Reunidos em São Francisco (EUA), cinquenta países aprovaram a Carta das Nações Unidas em 25 de junho de 1945. A vitória contra o Eixo era iminente e tornava-se imprescindível institucionalizar as relações internacionais. Os preparativos datavam de vários anos. Durante a formação da importante coalizão anti-nazista, articulada a partir do início da Segunda guerra, os Estados Unidos e Grã-Bretanha, seus primeiros expoentes, estabeleceram os princípios que deveriam orientar as relações internacionais após o conflito.

Coelho (2008, p. 47), por sua vez, ressalta a atuação da ONU, e de seus diversos órgãos, na defesa dos direitos humanos em diferentes frentes como combate à fome, violência contra a mulher, etc:

O sistema das Nações Unidas é considerado o sistema global de proteção dos direitos humanos, sendo composto por instrumentos normativos complementares de abrangência mundial e competência variada. Entre os principais documentos que o compõem, pode-se citar a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, além de diversas convenções internacionais relacionadas ao assunto, como as sobre tortura, discriminação racial, desrespeito a mulheres e crianças, proteção aos adolescentes, combate à fome, entre outras.

Outro não é o ensinamento de Piovesan (2012, p. 192), que também destaca o estabelecimento de uma nova ordem internacional

com a atuação da ONU:

A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção da cooperação internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos.

Inclusive, a proteção dos direitos humanos é um dos pilares da ONU, como sublinha Ramos (2012, p. 26):

O passo decisivo para a internacionalização da temática dos direitos humanos foi a edição da Carta de São Francisco em 1945, que, além de mencionar expressamente o dever de promoção de direitos humanos por parte dos Estados signatários, estabeleceu ser tal promoção um dos pilares da Organização das Nações Unidas (ONU), então criada. No preâmbulo da Carta, reafirma-se a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos de homens e mulheres. Os artigos 55 e 56, por seu turno, explicitam o dever de todos os Estados de promover os direitos humanos. É a Carta de São Francisco, sem dúvida, o primeiro tratado de alcance universal que reconhece os direitos fundamentais dos seres humanos, impondo o dever dos Estados de assegurar a dignidade e o valor de todos. Pela primeira vez, o Estado era obrigado a garantir direitos básicos a todos sob sua jurisdição, quer nacional ou estrangeiro.

No âmbito do continente americano, foi criada, em 1948, a Organização dos Estados Americanos – OEA, com a assinatura da Carta da OEA, em Bogotá, na Colômbia. Diz Guerra (2013, p. 9):

Por fim, registre-se que em 30 de abril de 1948, por ocasião da IX Conferência dos Estados Americanos, foram produzidos três textos importantes para o funcionamento e desenvolvimento do sistema americano: a Carta da OEA, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e o pacto Americano de Soluções Pacíficas. Os referidos documentos internacionais entraram em vigência em 13 de dezembro de 1951.

Com sede em Washington D.C., nos Estados Unidos, a OEA

é composta por 35 membros, ou seja, todos os países do continente americano fazem parte da organização, e seus principais pilares são a democracia, os direitos humanos, a segurança e o desenvolvimento dos países que a compõe.

Além da Carta da OEA, outro documento de suma importância é a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, como destaca Piovesan (2012, p. 319):

Cada um dos sistemas regionais de proteção apresenta um aparato jurídico próprio. O sistema interamericano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana.

A incumbência de fiscalizar e julgar os casos de infração ao ordenamento da OEA recai sobre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana, como veremos a seguir.

3 A COMISSÃO E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana faz parte do Sistema Interamericano de defesa dos Direitos Humanos, é regulada pelos artigos 33, b, e 52 a 73 da Convenção Americana, com sede em São José, na Costa Rica.

Sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, explica Guerra (2013, pp. 59-60):

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos apresenta-se como uma ferramenta de importância inestimável para a garantia efetiva dos direitos humanos no continente americano, pois através dos dois órgãos de proteção dos direitos humanos previstos nos documentos internacionais americanos (Comissão e Corte Interamericana) garante-se não só o acompanhamento da conduta dos Estados-membros, como também a possibilidade de se julgar casos atentatórios aos direitos humanos.

O documento que prevê a Corte Interamericana e orienta toda a atuação de defesa dos direitos humanos no âmbito americano é a Convenção Americana. Sobre este documento, colaciona-se a lição

de Gomes e Mazzuoli (2011, p. 55):

No contexto regional interamericano, é clara a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao reconhecer, nos considerandos iniciais, que “os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão porque justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, *coadjuvante* ou *complementar* da que oferece o direito interno dos Estados Americanos”.

Por sua vez, é válida a citação da definição da Corte Interamericana trazida por Guerra (2013, p. 72):

A Corte Interamericana de Direitos Humanos se apresenta como uma instituição judicial independente e autônoma, cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Trata-se, portanto, de um tribunal com o propósito primordial de resolver os casos que lhes são apresentados por supostas violações aos direitos humanos protegidos pela Convenção Americana.

A Comissão Interamericana tem por objetivo promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América. Por sua vez, a Corte tem caráter consultivo e contencioso. A denúncia de violação aos direitos humanos deve ser levada à Comissão Interamericana e se a denúncia for fundamentada, o caso será levado à Corte Interamericana.

Segundo Paes e Santos (2015, p. 129), “no desempenho de suas atividades, a CIDH tem funções consultivas e conflitivas. Em suas funções jurisdicionais, ela analisa graves violações de direitos humanos perpetradas nos Estados que são signatários do Pacto de São José”.

Sobre o alcance da Corte destaca Ramos (2012, p. 224):

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é um órgão Judicial Internacional que, de acordo com o artigo 33 da Convenção Americana, é competente para conhecer casos contenciosos quando o Estado demandado tenha formulado declaração unilateral de reconhecimento de sua jurisdição.

O artigo 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos

estabelece que um Estado-parte da Convenção Americana de Direitos Humanos *deve* aceitar expressamente a jurisdição obrigatória da Corte, através de declarações *específicas*. A jurisdição da Corte para julgar pretensas violações em face do Pacto de San José foi admitida, até o momento por 21 Estados (inclusive o Brasil), entre os 24 contratantes do Pacto. Do México até a Argentina, a Corte IDH exerce jurisdição sobre 550 milhões de pessoas.

Os casos mais emblemáticos julgados pela Corte Interamericana dizem respeito às graves violações aos direitos humanos cometidas pelos governos autoritários, que marcaram a América Latina nas décadas de 70 e 80. Assim, países como Peru, Chile, Argentina, entre outros, foram condenados pelos crimes cometidos durante suas respectivas ditaduras.

Acerca do papel da Corte Interamericana no julgamento de tais casos, expõe Guerra (2013, p. 78):

De fato, o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos é bastante relevante no contexto regional, principalmente se levarmos em consideração as barbaridades que foram praticadas no continente, especialmente no período recente de golpes militares que corresponderam a verdadeiros abusos e denegação de direitos.

Quanto às decisões da Corte, elas são inapeláveis, definitivas e devem ser comunicadas não só às partes, mas a todos os Estados membros, como alerta Guerra (2013, p. 79):

Frise-se, por oportuno, que as sentenças da Corte são inapeláveis, definitivas e não estão sujeitas a precatórios. Para tanto, as decisões tomadas pela Corte Interamericana devem ser fundamentadas e comunicadas, não somente às partes, como também a todos os Estados membros da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Sobre o tema, é valiosa a contribuição de Petiot (2006-2007, pp. 132-133):

A Convenção Americana não condiciona suas decisões à eficácia nem à eficiência dos mecanismos de reparação existentes no Estado responsável. A condenação ao cumprimento de reparações e ao pagamento de indenizações pecuniárias é feita no sistema interamericano com base nos princípios de Direito Internacional aplicáveis e nos termos da Convenção, independentemente das insuficiências do

Direito interno dos Estados. Como a obrigação de reparar se rege em todos os aspectos pelo Direito Internacional, o Estado responsável não pode invocar seu ordenamento para se eximir de cumpri-la (*Corte Interamericana de Derechos Humanos: Aloeboetoe e outros versus Suriname, acórdão de 10/9/93, § 44; El Amparo versus Venezuela, acórdão de 14/9/96, § 15; Neira Alegria e outros versus Peru, acórdão de 19/9/96, § 37; Caballero Delgado y Santana versus Colombia, acórdão de 29/1/97, § 16; Garrido y Baigorria versus Argentina, acórdão de 27/8/98, § 42*).

Além disso, as decisões da Corte devem ser cumpridas integralmente, como destaca Ramos (2012, p. 235) ao sublinhar que: “no sistema judicial interamericano há o dever do Estado de *cumprir integralmente a sentença da Corte*, conforme dispõe expressamente o artigo 68.1 da seguinte maneira: “Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.”

É importante destacar que além da assinatura e da ratificação dos tratados internacionais, é necessário o reconhecimento da jurisdição da Corte, como observa Coelho (2008, p. 93):

As sentenças internacionais não têm origem em nenhum Estado e, sendo assim, não estão subordinadas a nenhuma soberania específica. Na verdade, essas decisões só são obrigatórias para os Estados que previamente acordaram (princípio do *pacta sunt servanda*) em se submeter à jurisdição do tribunal internacional que as proferiu.

A recepção dos tratados internacionais pelo ordenamento pátrio inclusive gera a dispensa de homologação da decisão internacional pelo Superior Tribunal de Justiça, diferentemente das sentenças estrangeiras, que são as proferidas por juízes de outros países. Destaca Coelho (2008, p. 96):

No caso da Corte Interamericana de Derechos Humanos, por configurar um organismo jurisdicional internacional, as sentenças não necessitam da homologação do Superior Tribunal de Justiça, justamente em razão de sua natureza jurídica internacional. Além disso, as decisões se baseiam em normas internacionais que já foram recepcionadas pelo país, ou seja, fazem parte do *corpus iuri* nacional.

A Constituição Federal de 1988 atribui tanto ao Congresso

Nacional quanto ao Presidente da República a prerrogativa de celebrar tratados, convenções e atos internacionais, nos termos dos artigos 49, I e 84, VIII. Quando feito pelo Presidente da República, exige-se a ratificação pelo Congresso Nacional. Segundo Mazzuoli (2014, pp. 421-422): “sem a *autorização* do Parlamento, portanto, não pode o Governo brasileiro, em princípio, *ratificar* ou *aderir* a um tratado internacional.”

Todavia, o autor ressalta que “é de se reconhecer que já existe uma prática diplomática formada, à margem da letra do texto constitucional, pela qual o Executivo conclui vários tipos de acordos, sem o assentimento do Poder Legislativo, com a consequente subtração do poder popular”. (MAZZUOLI, 2014, p. 461)

Assinado o tratado, incumbe aos Estados signatários adequar seus ordenamentos jurídicos para evitar conflitos entre o tratado e a norma interna, uma vez que “desde que em vigor no plano internacional, os tratados ratificados pelo Estado, promulgados e publicados, passam a integrar o arcabouço normativo interno e, conseqüentemente, a produzir *efeitos* na ordem doméstica” (MAZZUOLI, 2014, p. 461). Mais uma vez citando Mazzuoli (2014, p. 417):

Os Estados são responsáveis em manter, dentro de seu Direito interno, um sistema de integração das normas internacionais por eles subscritas. Essa processualística ou vem disciplinada em lei ou regulada pelo texto constitucional, sendo este último o caso do Brasil.

Por sua vez, recepcionada a norma internacional, todas as esferas do Estado ficam a ela vinculadas. É o que diz Coelho (2008, p. 45):

Toda a Administração Pública fica comprometida com a implementação dos acordos firmados em nome do Estado. Sendo assim, todos os três Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), nas esferas federal, estadual e municipal, deverão tomar as medidas cabíveis em seu âmbito de atuação para o fiel cumprimento das obrigações acertadas.

Quanto à força dos tratados, Gomes e Mazzuoli (2011, p. 51) explica que o entendimento é que em se tratando de direitos humanos, se situam abaixo da Constituição, mas acima das demais leis:

Frise-se de antemão que o STF, no dia 3 de dezembro de 2008, decidiu (historicamente) que os tratados internacionais de direitos humanos valem mais do que a lei e menos que a Constituição, estando no nível supralegal no País (cf. RE 466.343/SP).

No ponto, é pertinente a observação de Gomes e Mazzuoli (2011, p. 49) acerca da nova relação dos estados, o direito internacional e suas soberanias:

Um dos maiores desafios do direito penal no século XXI, sem sombra de dúvida, será conciliar sua clássica formatação legalista, vinculada à soberania de cada país, com as novas ondas (terceira e quarta ondas) do internacionalismo.

O Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992, e somente em 1998, por meio do Decreto Legislativo n. 89/98 é que o país reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana.

Conforme vimos, para submeter um caso à apreciação da Corte e poder ser julgado por ela, é preciso reconhecer sua jurisdição. Caso isso não ocorra, a Corte não poderá condenar um Estado por violação dos direitos humanos, por não ter reconhecida sua jurisdição perante aquele Estado.

Sobre essa questão, explica Guerra (2003, p. 75):

Outro ponto importante relaciona-se à competência facultativa da Corte, ou seja, para conhecer de qualquer caso contencioso que lhe seja submetido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou por um Estado-Parte da Convenção Americana, a Corte só poderá exercer esta competência contra um Estado por violação dos dispositivos da Convenção Americana, se este Estado, de modo expresso, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação da Convenção Americana ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, em declaração apresentada ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, deixar claro que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção.

Como dito anteriormente, o Brasil reconhece a jurisdição da Corte e inclusive figurou como réu em algumas oportunidades, fato

que evidencia a necessidade de avanços na proteção dos direitos humanos em nosso país. Segundo Gomes e Mazzuoli (2011, p. 61):

Já desde as primeiras denúncias contra o Brasil junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (casos do presídio Urso Branco em Rondônia, assassinatos de crianças e adolescentes no Rio de Janeiro etc.) ficava patente o quanto a tutela interna dos direitos humanos ainda está defasada em nosso País.

Evidencia disso é o julgamento da ADPF n. 153, que discutia a validade da lei de anistia brasileira, como se passará a analisar no próximo tópico.

4 A ADPF N. 153: A DISSONÂNCIA ENTRE A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA E OS VOTOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é competente para julgar graves violações aos direitos humanos. Aí se incluem casos de censura e perseguição a jornalistas, omissão dos estados quanto à violência contra mulheres, crianças e adolescentes, violações decorrentes da superlotação, mau estado e condições precárias das penitenciárias, e ainda pelos crimes de genocídio, mortes, sequestros e desaparecimentos, que infelizmente eram comuns nas ditaduras latino-americanas da segunda metade do século XX.

Sobre os crimes cometidos nos aludidos governos ditatoriais, o que geralmente se discute na Corte não são apenas reparações pecuniárias para vítimas e seus familiares, mas também a possibilidade de punição daqueles que mataram, sequestraram e torturaram em nome de um regime autoritário.

Por entender que as leis de anistia de países como Peru, Chile e Argentina, configuravam verdadeiras leis de autoanistia, e portanto, contrárias à Convenção Americana, a Corte determinou que as referidas normas fossem excluídas do ordenamento jurídico de tais países, pois perpetuam a impunidade daqueles que violaram os direitos humanos. Com o Brasil não foi diferente.

Um dos casos mais recentes e que envolve o passado mal resolvido brasileiro, ficou denominado *Gomes Lund e outros vs Brasil*, ou “O caso Araguaia”, em que o Brasil foi acusado pela morte e desaparecimento dos guerrilheiros da região do rio Araguaia, em fatos ocorridos durante a ditadura militar.

Como é sabido, no Brasil não houve a responsabilização dos agentes estatais que cometeram violações aos direitos humanos em decorrência da lei n. 6.683/79, a Lei de Anistia. Foi por essa razão que tal caso foi levado à Corte Interamericana, que condenou o Brasil a indenizar as famílias das vítimas, bem como buscar meios de responsabilizar criminalmente os acusados.

Como dizem Paes e Santos (2015, p. 104): “A Corte declarou que os efeitos jurídicos da Lei de autoanistia brasileira são precários e carentes de validade diante da Convenção Interamericana e não podem representar óbices às investigações sobre graves violações aos direitos humanos”.

Uma vez condenado, o Brasil deveria tomar medidas para reparar os danos sofridos pelas vítimas, bem como buscar a responsabilização daqueles que cometeram tais crimes. Diz Coelho (2008, p. 95):

Desse modo, o Brasil deverá fazer uso dos mecanismos de seu ordenamento jurídico com o objetivo de cumprir o disposto nas sentenças da Corte Interamericana, seja esta referente a uma obrigação de fazer, uma obrigação de não-fazer ou ao pagamento de indenização. Por exemplo, caso a sentença estabeleça uma indenização à vítima, tal valor deverá ser incluído na fila de pagamento de precatórios públicos, conforme ordem cronológica, respeitando-se as mesmas regras de execução das sentenças nacionais contra a Fazenda Pública.

Todavia, não é o que vem ocorrendo no cenário brasileiro.

Não obstante tenha sido proferida alguns meses antes da decisão da Corte Interamericana sobre o caso da guerrilha do Araguaia, a sentença do STF na ADPF n. 153 é o demonstrativo do grau em que se encontra tal discussão em nosso país.

Proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados

do Brasil – OAB, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 visava a declaração de não-recebimento do disposto no § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683/79 pela Constituição Federal de 1988⁵³. Por ser muito amplo, o dispositivo acabou por impedir a responsabilização criminal dos agentes que cometeram crimes não políticos, como tortura e homicídio, por serem considerados conexos com os crimes políticos.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, em relatoria do Ministro Eros Grau, julgou improcedente a ação, por maioria de votos (7 a 2), sendo contra a revisão da lei de anistia brasileira. Destaca Wojciechowski (2013, p. 149):

No entanto, por meio de Acórdão publicado em 06.08.2010, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou improcedente a ADPF n. 153, perdendo a chance histórica de coibir a autoanistia e decidir em consonância com o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos.

Como vimos, a decisão da Corte Interamericana no caso “Gomes Lund e outros vs Brasil” é posterior ao julgamento da ADPF n. 153. Todavia, a jurisprudência da Corte acerca das leis de anistia de outros países latino-americanos vem se formando desde o início dos anos 2000, com o julgamento dos casos envolvendo o Peru e o Chile.

O que chama a atenção é a quase total omissão do tribunal supremo do Brasil quanto ao posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que vem sistematicamente se colocando contra as leis de autoanistia. Como ressalta Wojciechowski (2013, p. 165):

No entanto, os contrastes da Lei de Anistia com o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos foram analisados, de modo superficial, na decisão tomada pelo Supremo, que se deitou fundamentalmente sob o argumento de que a anistia ampla, geral e

53 Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.
§ 1º—Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

irrestrita foi fruto de um consenso e obteve a participação das mais diversas camadas sociais, e, nesta toada, seria perfeitamente legítima e harmônica com a ordem constitucional de 1988.

Em momento algum o relator, Ministro Eros Grau, em seu voto de mais de 70 laudas, mencionou a Corte Interamericana. Os Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Marco Aurélio e Cármen Lúcia, acompanharam o voto do relator, sem qualquer ressalva quanto ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

A mesma situação ocorreu no voto do Ministro Ayres Britto, que apesar de votar pela parcial procedência da ação, não se referiu às decisões do tribunal internacional.

Dos nove togados que compuseram o julgamento da ADPF n. 153, apenas dois fizeram considerações sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com um voto parcialmente a favor e outro contra o acolhimento da ação.

O Ministro Ricardo Lewandowski, que se manifestou pela parcial procedência da ADPF, na parte final de seu voto destacou que a Corte Interamericana determina que os estados investiguem, processem e punam as violações aos direitos humanos, *in verbis*:

Na mesma linha, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que os Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – também internalizada pelo Brasil – têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, obrigação que nasce a partir do momento da ratificação de seu texto, conforme estabelece o seu art. 1.1. A Corte Interamericana acrescentou, ainda, que o descumprimento dessa obrigação configura uma violação à Convenção, gerando a responsabilidade internacional do Estado, em face da ação ou omissão de quaisquer de seus poderes ou órgãos.

Sobre o voto do Ministro Lewandowski, destaca Maia (2014, p. 191):

Salientou também o posicionamento da CIDH a partir do julgamento do caso *Barrios Altos vs. Peru*, na jurisprudência daquela

corte, que o Brasil se obrigou a respeitar sua jurisdição a partir de 98, que é pacífica em relação a invalidar as autoanistias dos Estados signatários dos quais o Estado brasileiro faz parte.

Wojciechowski (2013, p. 166) também analisa os votos dos Ministros que compuseram o julgamento da ADPF n. 153, em especial o do Ministro Ricardo Lewandowski:

Percebe-se, portanto, que pouco ou nada foi debatido nos votos dos ministros acerca das obrigações assumidas pelo Estado brasileiro no âmbito internacional de proteção dos direitos humanos, aspecto que é trazido à baila de maneira mais profunda pelo ministro Ricardo Lewandowski (que cita inclusive jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos), o qual se manifestou pela parcial procedência da ação, em sentido contrário ao voto do relator Eros Grau e dos demais ministros votantes Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Celso de Mello [...]

Embora tenha feito tal menção, o Ministro Lewandowski o fez de forma tímida e genérica, sem se aprofundar na jurisprudência e na importância das decisões da Corte Interamericana.

O outro voto a citar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi o do Ministro Celso de Mello, e o fez em duas oportunidades. Primeiro, ressaltou a assinatura pelo Brasil da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, entre outros tratados, senão vejamos:

O **Brasil**, consciente da necessidade de prevenir e de reprimir os atos caracterizadores da tortura, **subscreveu**, no plano externo, **importantes** documentos internacionais, **de que destaco**, por sua inquestionável importância, **a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, adotada** pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1984; **a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, concluída** em Cartagena em 1985, **e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada** no âmbito da OEA em 1969, **atos internacionais** estes que já se acham incorporados **ao plano** do direito positivo interno (**Decreto** nº 40/91, **Decreto** nº 98.386/89 e **Decreto** nº 678/92).

Após, o Ministro adentrou efetivamente na jurisprudência da

Corte Interamericana, citando o julgamento de casos emblemáticos em que o órgão internacional afastou a aplicação das leis de anistia de outros países, demonstrando não apenas ter ciência sobre os julgados, mas reconhecendo o posicionamento da Corte sobre o tema então debatido. Em suas palavras:

Reconheço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em **diversos** julgamentos – **como** aqueles proferidos, **p. ex., nos casos contra** o Peru (“Barrios Altos”, em 2001, e “Loayza Tamayo”, em 1998) **e contra** o Chile (“Almonacid Arellano e outros”, em 2006) –, **proclamou a absoluta incompatibilidade**, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, **das leis nacionais que concederam anistia, unicamente**, a agentes estatais, **as denominadas** “leis de auto-anistia”.

A razão dos diversos precedentes **firmados** pela Corte Interamericana de Direitos Humanos **apóia-se** no reconhecimento de que o Pacto de São José da Costa Rica **não tolera** o esquecimento penal de violações aos direitos fundamentais da pessoa humana **nem legítima** leis nacionais **que amparam e protegem** criminosos **que ultrajaram**, de modo sistemático, valoram essenciais **protegidos** pela Convenção Americana de Direitos Humanos **e que perpetraram**, covardemente, à sombra do Poder **e nos porões** da ditadura a que serviram, **os mais ominosos e cruéis delitos**, como o homicídio, o sequestro, o desaparecimento forçado das vítimas, o estupro, a tortura e outros atentados às pessoas daqueles **que se opuseram** aos regimes de exceção **que vigoraram**, em determinado momento histórico, **em inúmeros** países da América Latina.

Porém, a conclusão do Ministro Celso de Mello foi no sentido de que o aludido entendimento da Corte Interamericana não se aplica ao caso do Brasil, por diante do caráter bilateral da lei de anistia brasileira, ela não pode ser considerada como autoanistia.

O voto gera muita controvérsia, assim como todo o julgamento da ADPF n. 153, mas não se pretende aqui analisar o mérito da decisão, e sim verificar como a jurisprudência da Corte Interamericana foi utilizada, ou não, pelos ministros votantes.

Não se pode afirmar se seria desconhecimento ou opção de não reconhecer a jurisprudência da Corte Interamericana, mas é

nítido que os integrantes da última instância do Poder Judiciário do país deliberadamente se omitiram sobre o Sistema Interamericano.

Após a decisão da Corte no caso “Gomes Lund e outros vs Brasil”, o país foi condenado e, para cumprir integralmente a decisão, precisa enfrentar novamente o tema da validade da lei de anistia. É o que salienta Wojciechowski (2013, pp. 176-177):

Verifica-se, portanto, que o Estado brasileiro, cedo ou tarde, terá que enfrentar a decisão da Corte, respeitando suas determinações – de investigar, processar e punir as violações de direitos humanos perpetradas durante o regime militar –, e prestar esclarecimentos perante a OEA, sob pena de, nos termos utilizados por Fábio Konder Comparato, “*romper com a ordem jurídica internacional*”.

Passados mais de 5 anos da condenação, verifica-se que o Brasil apenas tomou providências no sentido de reparar economicamente os danos causados às famílias das vítimas do caso do Araguaia. Quanto aos agentes estatais, não houve punição alguma, reforçado justamente pelo fato de o STF ter confirmado a validade da Lei de anistia, o que afasta a possibilidade de condenar os responsáveis por crimes tão bárbaros como os ocorridos.

Todavia, segundo Gomes e Mazzuoli (2011, p. 52.), “não se trata de pretender ou não cumprir a sentença. O que está em jogo é que o País (a República brasileira) tem a *obrigação* de cumprir a decisão internacional”.

Ainda resta pendente de julgamento os Embargos de Declaração opostos contra a decisão dada na ADPF n. 153, que podem modificar todo o cenário atual caso a Lei de anistia seja interpretada de forma a excluir os crimes comuns cometidos pelos agentes estatais de sua abrangência.

Além do julgamento pendente, diversos documentos sobre o período da ditadura ainda se encontram sob sigilo, impedindo que a sociedade tome ciência de tudo o que ocorreu e que o passado do país possa ser “passado a limpo”, como conclui Moraes (2015, p. 81):

Portanto, existe uma longa caminhada a ser trilhada, que consiste na

publicidade dos arquivos e documentos considerados sigilosos, na efetiva reparação das vítimas, não apenas a financeira, mas a reparação moral, nos esclarecimentos de fatos ainda hoje não elucidados e, por fim, que o Brasil não seja, conforme consta nos autos da Comissão Internacional de Direitos Humanos (CIDH), o único país da América do Sul a não punir os violadores de direitos humanos praticados à época da repressão militar.

Aos cidadãos brasileiros, cabe aguardar essa importante decisão, e à comunidade internacional, incumbe pressionar o governo brasileiro, para que cumpra integralmente a determinação da Corte Interamericana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual cenário internacional, não há como pensar a relação entre os países sem se considerar as principais organizações internacionais. A Organização das Nações Unidas – ONU, a Organização dos Estados Americanos – OEA, e as respectivas organizações existentes nos continentes europeu, asiático e africano, são personagens importantes na comunidade internacional, atuando nas mais diferentes esferas do comportamento humano.

Com tais organismos, também foram criados tribunais para julgar os casos de infração aos tratados internacionais. Existem cortes para julgar casos envolvendo disputas econômicas, e também cortes criadas para julgar os casos envolvendo violações aos direitos humanos.

No âmbito do continente americano, o órgão responsável por julgar tais casos é a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Criada na Convenção Americana, de 1969, a CIDH tem se destacado principalmente pelo julgamento de casos envolvendo crimes contra a humanidade ocorridos durante as ditaduras que dominaram a América Latina nas décadas de 70 e 80.

O caso emblemático envolvendo o Brasil foi o Gomes Lund e outros *vs* Brasil. Conhecido como “caso Araguaia”, versava sobre

a responsabilidade do estado brasileiro pelas mortes e desaparecimento dos guerrilheiros que combatiam o regime militar na região do rio Araguaia.

A Corte Interamericana reconheceu a violação aos direitos humanos ocorridos no caso, condenando o Brasil a indenizar as famílias das vítimas, bem como atuar na responsabilização dos agentes que cometeram tais crimes. Entretanto, passados mais de 5 anos da condenação, o país não cumpriu integralmente a decisão, pois a Lei de anistia vigente no país protege os criminosos.

Três décadas após o término da ditadura militar, ainda há muitas feridas abertas, e a ausência de condenação criminal dos agentes estatais que perseguiram, torturaram, sequestraram e mataram milhares de brasileiros, ainda gera revolta e indignação na sociedade brasileira.

Por outro lado, causa perplexidade o paradoxo criado pelo Estado brasileiro ao se submeter a uma corte internacional de proteção aos direitos humanos e ao mesmo tempo se negar a cumprir uma sentença que lhe foi desfavorável.

As decisões da Corte Interamericana são irrecorríveis e devem ser cumpridas de pronto pelo país condenado. Deve então a comunidade internacional pressionar o Brasil para que cumpra integralmente a sentença, reconhecendo a soberania da Corte internacional e mais, dando efetividade a proteção aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana.

A oportunidade de rever a lei de anistia foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal com a proposição da APDF n. 153, porém a ação foi julgada improcedente, por maioria de votos, confrontando o posicionamento da Corte Interamericana, que por inúmeras vezes entendeu pela nulidade das leis de autoanistia.

O fato emblemático, entretanto, é que o relator do processo, Ministro Eros Grau, bem como a maioria de seus pares, não mencionou a jurisprudência da Corte Interamericana, desconsiderando totalmente seus julgados.

Apenas dois ministros fizeram menção ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, situação que se revela sintomática de uma posição de não considerar as decisões da Corte como válidas na ordem jurídica nacional.

Ainda se encontra pendente de julgamento os embargos de declaração opostos na ADPF n. 153, inclusive com o adendo mencionando a decisão da Corte Interamericana no caso “Gomes Lund e outros *vs* Brasil”, mas sem data para ser levado à julgamento.

A pretensão do presente trabalho foi discutir como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi abordada no julgamento da ADPF n. 153, sem ter a pretensão de analisar o mérito do julgamento ou ainda de esgotar o tema aqui debatido, servindo como ferramenta para fomentar outras discussões sobre a implementação, executoriedade e incorporação das decisões da Corte Interamericana à esfera judicial brasileira, assuntos tão interessantes que merecem ser abordados em futuros estudos.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed., atual. – São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Lei n° 6.683, de 28 de agosto de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em 5 de agosto de 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 153**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em 5 de agosto de 2016.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: a Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”**: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. IN: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs.) **Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai**. – São Paulo: Edi-

tora Revista dos Tribunais, 2011. p. 49-72.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro** / coordenação Luiz Flávio Gomes, Flávia Piovesan. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

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

MAIA, Fábio Fernandes. **Lei de anistia & justiça de transição: o redimensionamento do debate e o julgamento da ADPF 153 pelo STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito dos tratados**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MORAES, Luciana Carrilho de. **Verdade e Justiça: lei da anistia e comissão nacional da verdade na democracia brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PAES, José Eduardo Sabo; SANTOS, Júlio Edstrom Secundino (2015). **STF X CIDH: Ecos de uma crise do Estado e do próprio Direito**. *Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC*, 10(01).

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PETIOT, Patrick. A responsabilidade internacional do Estado Brasileiro por violação de direitos humanos: o pagamento de reparações. **Revista Brasileira de Direitos Humanos**, Fortaleza, a. 7, v. 7, n. 7, p. 129-150, 2006-2007. Disponível em: http://www.ibdh.org.br/ibdh/revistas/revista_do_IBDH_numero_07.pdf

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Proteção Internacional de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das organizações internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. **Leis de anistia e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos: estudo comparativo Brasil, Argentina e Chile**. Curitiba: Juruá, 2013.



LUIZ MAGNO P. BASTOS JR

Pós-Doutor em Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos e Pluralismo Jurídico da Universidade McGill (Canadá). Doutor e Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor de Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Eleitoral na Universidade do Vale do Itajaí (Graduação, Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica). Membro fundador da ABRADep e da ACADE. Advogado publicista (direito eleitoral e administrativo). Sócio do Escritório Menezes Niebhur.

ALEXANDRE MORAIS DA ROSA

É Juiz de Direito do TJSC, Professor de Processo Penal (UFSC) e do Mestrado e Doutorado (UNIVALI-UFSC). Doutor em Direito (UFPR), com estágio de Pós-Doutoramento (COIMBRA e UNISINOS). Membro do IBADPP, IBCCRIM, da LEAP-Brasil, da Rede Brasileira de Direito/Literatura e do Núcleo de Direito e Psicanálise (UFPR). Colunista do CONJUR.

Contatos:

alexandremoraisdarosa@gmail.com

Facebook: Alexandre Morais da Rosa - SC



Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-9477-130-8



9 788594 771308