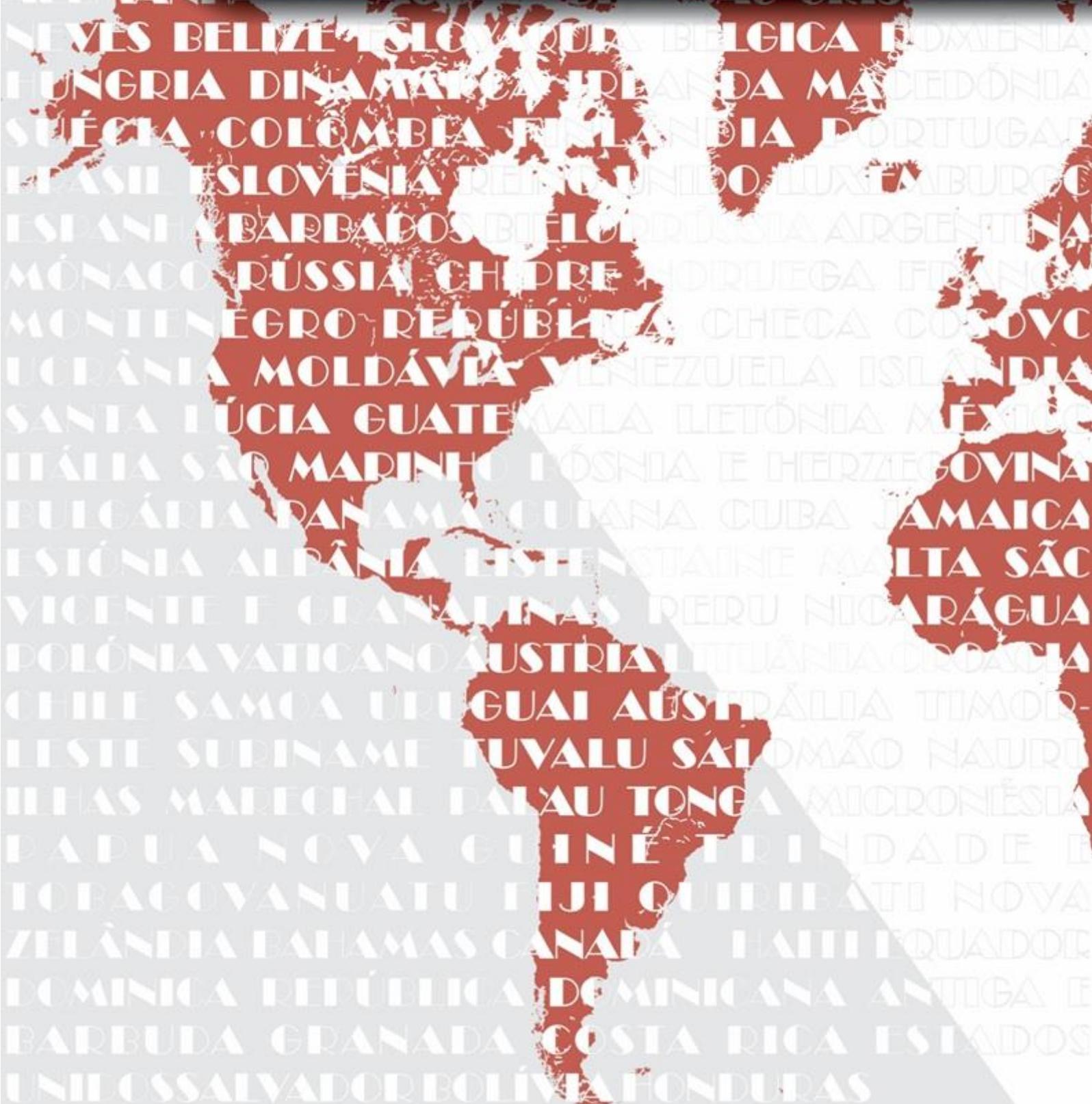


# CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL E COMPARADO





# REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL E COMPARADO

EDITOR-GERENTE

*SIDDHARTA LEGALE*

*Professor de Direito Constitucional da FND-UFRJ. Ex-Professor de Direito Constitucional da UFJF-GV. Coordenador do NIDH – Núcleo Interamericano de Direitos Humanos. Doutor em Direito Internacional pela UERJ. Mestre em direito constitucional e Bacharel pela UFF*

EDITORES-ASSISTENTES

*BRENDA ARAÚJO*

*Profa. Substituta de DIP da FND-UFRJ Mestre em direito internacional pela UERJ. Pesquisadora do NIDH*

*CARINA CASTRO*

*Profa. Substituta de Direito Administrativo da FND-UFRJ. Doutoranda em direito público pela UERJ.*

*Pesquisadora do NIDH.*

*CLÁUDIO CERQUEIRA*

*Mestre em direito internacional e Bacharel pela UERJ. Intern da CIDH. Pesquisador do NIDH*

*HAMILTON GONÇALVES FERRAZ*

*Prof. Substituto de Direito Penal e criminologia. Doutorando em direito pela PUC-RJ. Mestre em direito penal e Bacharel pela UERJ. Pesquisador do NIDH*

*JEAN FELIPE DOMINGOS RAMOS*

*Professor Assistente de Direito do Trabalho da UFJF-GV. Doutorando em Teoria Jurídica pela UFRJ. Mestre*

---

AGOSTO – 2017



# SUMÁRIO

EDITORIAL.....	7
ENTREVISTA COM MÁRIO LOSANO PARA O CANAL DEBATES VIRTUAIS - OS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS.....	9
ENFORCING SOCIAL RIGHTS BY PRIVATE MEANS: A CASE IN CHINA.....	37
THE JUDICIAL REMEDY IN THE MODERN AGE OF INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION.....	54
AVANÇOS E RETROCESSOS SOBRE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA .....	72
THE DISSONANT POSITION OF THE SUPREME FEDERAL COURT IN FRONT OF THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE NEED FOR OPENING THE BRAZILIAN LEGAL ORDER TO INTERNATIONAL LAW – THE CASE OF RECURRENCE AS AN AGGRAVANT OF PENALTY .....	92
DIREITO E POLÍTICA: O CASO DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA....	110
A ATUAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO CASO FAZENDA BRASIL VERDE: AS SENTENÇAS ESTRUTURANTES COMO FERRAMENTA NO COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO THE INTER-AMERICAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS ACTUATION IN THE FAZENDA BRASIL VERDE CASE: STRUCTURAL SENTENCES AS A TOOL IN THE FIGHT AGAINST SLAVERY.....	135
O BRASIL E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS .....	155
A INFLUÊNCIA DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL AOS DIREITOS DA MULHER NO BRASIL – LEI MARIA DA PENHA .....	193
A PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO HOMOAFETIVA NA INTERPRETAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: CASO <i>ATALA RIFFO Y NINÁS VERSUS CHILE</i> . .....	213

A INCONVENCIONALIDADE DAS PROPOSTAS LEGISLATIVAS BRASILEIRAS DE PUNIÇÃO JUVENIL: LIÇÕES DO CASO “MENDOZA E OUTROS X ARGENTINA” - CORTE IDH (2013).....	232
A OPINIÃO CONSULTIVA Nº 10 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O STATUS JURÍDICO DA DECLARAÇÃO AMERICANA DE DIREITOS E DEVERES DO HOMEM.....	248
PROCESSOS DESTITUÍNTES NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: DO CASO <i>TRIBUNAL CONSTITUCIONAL VS. PERU</i> À PETIÇÃO DA EX-PRESIDENTE DILMA ROUSSEFF .....	262
UMA BREVE ANÁLISE DO CASO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO <i>VERSUS</i> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS: O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE .....	290
PORNOGRAFIA INTER-RACIAL: A DUPLA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NEGRAS .....	321



## EQUIPE DA RDCIC

---

### EDITOR-GERENTE

Siddharta Legale, FND-UFRJ e ex-UFJFGV

### EDITORES-ASSISTENTES

Brenda Araújo, FND-UFRJ

Carina Castro, FND-UFRJ

Cláudio Cerqueira, UERJ

Hamilton Gonçalves Ferraz, FND-UFRJ

### CONSELHO EDITORIAL

Adamo Dias Alves, UFMG; Alexandre Veronese, UNB; Alisson Silva Martins, UFJF; Alonso Freire, UFMA; Ana Lucia Lyra Tavares, PUC-RJ; Ana Paula Barbosa-Forhmann, UFRJ; Ana Paula de Barcellos, UERJ; Antonio Augusto Caçado Trindade, Professor da Academia de direito Internacional da Haia; Carmen Tiburcio, UERJ; Carolina Machado Cyrillo da Silva, UBA; Cecília Caballero Lois, UFRJ; Clarissa Brandão Kowarki, UFF; Clarissa Diniz Guedes, UFJF; Claudia Toledo, UFJF; Cláudio Pereira de Souza Neto, UFF; Conrado Hubner Mendes, USP; Damares Medina Coelho, Instituto Brasiliense de Direito Público; Daniel Amaral Carnauba, UFJF; Daniel Sarmiento, UERJ; Diego Werneck Arguelhes, FGV; Diogo Rosenthal Coutinho, USP; Eduardo Andrés Velandia Cansosa, Professor da Universidad Libre Colombia; Eduardo Manuel Val, UFF; Eduardo Mendonça, UNICEUB; Enzo Bello, UFF; Eric Baracho Dore Fernandes, UVA; Fabiano Soares Gomes, UFRJ; Felipe Asensi, UERJ; Felipe de Melo Fonte, FGV; Fernando Antonio de Carvalho Dantas, UFG; Fernando Dias Menezes de Almeida, USP; Fernando Gama de Miranda Netto, UFF; Gina Chávez, Professora do IEAN do Equador; Gonzalo Ramirez Cleves, Professor da Universidade Externado de Colombia; Guilherme Peña de Moares, UFF; Gustavo Sampaio, UFF; Gustavo Silveira Siqueira, UERJ; Jane Reis Gonçalves Pereira, UERJ; Jania Maria Lopes Saldanha, UNISINOS; José Ribas Vieira, UFRJ; José Rodrigo Rodriguez, UNISINOS; José Vicente Santos de Mendonça, UERJ; Juliana Neuschwander Magalhães, UFRJ; Luís Roberto

Barroso, UERJ e STF; Manoela Carneiro Roland, UFJF; Manuel Becerra Ramírez, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; Marco Antonio Ferreira Macedo, UFF; Margarida Maria Lacombe Camargo, UFRJ; Maria Eugenia Bunchaft, UNISINOS; Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, UERJ; Paulo Ferreira da Cunha, Catedrático da Universidade do Porto; Raphael Carvalho de Vasconcellos, UERJ; Roberto Gargarella, Universidad de Buenos Aires, Argentina; Roberto Viciano Pastor, Universidad de Valencia, Espanha; Rodrigo Brandão, UERJ; Ruben Martinez Dalmau, Universidad de Valencia, Espanha; Rubens Beçak, USP; Susanna Pozzolo, Universidad de Brescia, Itália; Vanessa Batista Berner, UFRJ.

### PARECERISTAS DESTA EDIÇÃO

Adriano de Sousa – UERJ-UCAM, Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia - UFOP, Alfredo Bonilla - The University of Texas Law School, Alisson Martins - UFJF, Amanda Cataldo de Souza Tilio dos Santos - PUC-Rio, Bruna Laiber Monteiro - UERJ, Christian Perrone – UERJ- OEA, Cláudio Cerqueira Bastos Netto – UERJ - CIDH, Daniel Nunes - UERJ/FND, Eder Santana - PUC-MG, Eleonora Mesquita Ceia - IBMEC, Fernanda Raquel Abreu Silva - PUC-Rio, Fernando Almeida - USP, Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida - PUC-Rio, Guilherme France - UERJ, Ilana Aló – UFRJ e UNESA, Jean Ramos - UFJF, Luis Claudio Martins de Araujo - IBMEC, Marcia Dalcastel - UFF, Marcos Paulo de Araujo - UFRGS, Maria de Paula Oliveira - PUC-Rio, Matheus de Oliveira - UERJ, Matheus Miranda - UERJ, Mayra Andrade Ribeiro - Universidade José do Rosário Vellano, Pedro Sloboda - USP, Renato Bahia - Aberystwyth University, Rodrigo Moreira - UERJ, Rogerio Sganzerla – FGV e UFF, Ronny Santos - UERJ, Ruben Dalmau – Universidad de Valencia, Rubens Beçak - USP, Sayonara Leonardo da Silva - UFRJ, Simone Araújo Lopes - UFJF, Simone Lima - UNESA e Thiago Moreira – UFRN

## **EDITORES**

Siddharta Legale, UFJF-GV

## **EDITOR DE LAYOUT**

Alexandre Van de Pol, UFJF

## **COMISSÃO EXECUTIVA**

Ana Caroline Monteiro de Barros, UFJF; Ângela Vitória Andrade Gonçalves da Silva, UFJFGV; David Pereira de Araújo, UFJF-GV; Luiza Eugênia Bertoldo da Silva, UFJF-GV; Matheus Pedrosa Machado, UFJF-GV; Otávio Lopes de Souza, UFJF-GV.

\*Todas as siglas correspondem a instituições brasileira

## EDITORIAL

---

A *Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado*, superando o atraso, chega a sua segunda edição de 2017, publicada no segundo semestre de 2018. Até o atraso foi favorável, porque não haveria momento mais oportuno para fazê-lo.

A Declaração Americana de Direitos e deveres do Homem completou 70 anos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos fez 40 anos desde de sua entrada em funcionamento. O Brasil aceitou a jurisdição da mesma há 20 anos. E, ainda, no próximo ano, 2019, a Convenção Americana de Direitos Humanos completará 50 anos. Tem coisas que só se percebe quando se desacelera.

A apesar das dificuldades, procurou-se manter e aprofundar a qualidade editorial da mesma se internacionalizando na composição, publicações e no tema especial desta edição: o *Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Como a pressa, não leva a coisas muito boas, este editorial e esta edição mostram são portadores de notícias de um futuro bom.

Em primeiro lugar, foi estabelecida uma parceria institucional permanente com o **Núcleo Interamericano de Direitos Humanos** da FND-UFRJ, por conta da aprovação em novo concurso e mudança do Editor-gerente Siddharta Legale, que deixa de ser professor da UFJFGV e se torna professor de direito constitucional da FND-UFRJ onde coordena o referido Núcleo.

Em segundo lugar, foi estabelecida uma parceria provisória com alguns professores da sede da UFJF e do campus de UFJFGV por conta dessa mudança. Por exemplo, para esta edição, contou-se com apoio de diversos

professores para a sua finalização, como por exemplo, Cláudia Toledo, Ben-Hur Hava, Pedro Bargiona, Guilherme Candeloro, Cláudio Cerqueira, Brenda Araújo e Hamilton Gonçalves Ferraz e Carina Castro. Foi necessário montar uma espécie de “força tarefa” para botar em dia a edição para manter toda energia institucional dispendida até aqui na RDCIC. Não foi fácil. Mas está feito.

Em terceiro lugar, esta edição contou com três artigos convidados que não passaram pelo *double blind peer review*. Inauguram em espaço próprio na revista dedicado para artigos convidados.

Os dois primeiros foram resultado de uma iniciativa da Profa. Cláudia Toledo de cooperação entre a professora da UFJF, e o professor da Universidade de Macau, Denis Halis. Tal parceria, resultou no 1º Colóquio em Direito e Inovação iniciado ontem e na publicação nesta edição dos artigos das professoras Jiping Zhu, Cai Lin e Minjie Hu sobre os direitos sociais na China.

O último artigo convidado é do Professor de direito internacional público da FND-UFRJ, Sidney Guerra. Sidney é uma referência no tema controle de convencionalidade possuindo um dos primeiros livros sobre o tema e diversos artigos na área. O professor produziu uma discussão atual sobre o tema especificamente para esta edição. Registro nosso muito obrigado por sua colaboração.

Em quarto lugar, foi possível transformar esta edição praticamente inteira em uma publicação especial devido ao caráter temático, previsto no Edital de convocação de artigos. O número de artigos recebidos e aprova-

dos permitiu dedicar a edição praticamente inteira ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Vale destacar, por isso, alguns dados com objetivo de dar transparência ao fluxo editorial. A RDCIC contou com 50 artigos para avaliação, pendentes da sua primeira edição ou recebidos especificamente para a segunda edição.

Desses, 3 foram *reprovados* e 2 foram retirados da publicação a pedido do autor. Outros 19 foram *aprovados* totalmente ou com necessidade de correções obrigatórias ou facultativas que foram devidamente incorporadas pelos autores.

Desses 19, os 10 artigos escolhidos pelo Editor para compor esta edição da RDCIC n.2 que será, como dito, temática dedicada ao *Sistema Interamericano de Direitos Humanos*.

Seguindo a tradição de dar transparência ao fluxo editorial apresentamos os dados desta edição em forma de tabela:



Como se pode perceber, outros 9 serão seguirão para publicação na RDCIC n. 3. Além disso, ainda existem 31 artigos que se

encontram em processo de avaliação em nosso sistema aberto de gerenciamento de periódicos (*Open Journal System - OJS*). Muitos possuem uma avaliação apenas. Alguns pareceristas designados não responderam ao pedido de avaliação ou responderam, mas não realizaram a avaliação.

Estamos paulatinamente designando novos pareceristas e cobrando a entrega das avaliações. Em breve, o fluxo editorial estará regularizado e novas edições publicadas.

Convidamos, por fim, a todas e a todos a enviarem artigos para as próximas edições e desejamos uma leitura crítica, transformadora e que pense nos limites e possibilidades para construir um sistema de proteção aos direitos humanos mais potente a partir do diálogo entre as esferas nacional e interamericana.

**Desejamos que esta edição sirva para agir na proteção e promoção dos direitos humanos! Boa Leitura!**

---

#### **SIDDHARTA LEGALE**

*Professor Adjunto de Direito Constitucional da FND-UF RJ. Ex-professor assistente de Direito Constitucional UFJF-GV. Doutor em Direito Internacional pela UERJ. Mestre em direito constitucional e Bacharel pela UFF*

# ENTREVISTA COM MÁRIO LOSANO PARA O CANAL DEBATES VIRTUAIS - OS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS<sup>1</sup>

MÁRIO LOSANO<sup>2</sup>  
SIDDHARTA LEGALE<sup>3</sup>



Assista aqui o vídeo da entrevista:

<https://www.youtube.com/watch?v=E8kqOc1Pggs>

**Prof. Siddharta Legale (SL):** Bom, estamos aqui hoje com o professor Mario Losano, uma das referências do mundo em Teoria do Direito, filosofia... Quero dizer, em primeiro lugar, muito obrigado por aceitar nosso convite. É uma honra, um prazer enorme. Realmente muito, muito obrigado.

**Prof. Mario Losano (ML):** Sou eu que agradeço!

**SL:** O professor Mario Losano, para os alunos que estão no início da graduação, que ainda não o conhecem, é um professor com uma trajetória bastante longa, foi

---

<sup>1</sup> Transcrição por Matheus Pedrosa, acadêmico da UFJF-GV.

<sup>2</sup> Professor da Academia de Direito Internacional de Haia, Juiz da Corte Internacional de Justiça e Ex-Presidente da Corte IDH.

<sup>3</sup> Professor Adjunto de Direito Constitucional da UFRJ. Doutorando em Direito Internacional pela UERJ. Mestre em Direito Constitucional e Bacharel pela UFF.

professor da Universidade de Turim, de Pávia, diversas universidades no mundo... Yale, Japão, Hong Kong, no Brasil em mais de oito universidades no nordeste do país em Pernambuco, da USP, da Federal do Rio Grande do Sul, entre outras. Essa semana está dando um curso aqui na UERJ muito bacana sobre os sistemas jurídicos no mundo, e é sobre isso que nós vamos debater um pouquinho mais hoje a obra dele. Eu queria, em primeiro lugar, começar sempre com a nossa pergunta de por que o senhor decidiu se tornar professor, como o senhor passa de aluno a professor da Universidade Pavia e depois de Turim, onde teve uma vida, assim, acadêmica muito repleta... Traduziu a obra do Kelsen, teve uma parceria longa com o professor Norberto Bobbio que é para nós aqui no Brasil um professor bastante conhecido, que dialogamos e gostamos, assim, muito querido.

**ML:** É, o começo de uma atividade numa universidade é sempre um pouco casual, porque eu sou o primeiro, como meu primo, que chega dentro da universidade. Os outros da família não entraram na universidade. O meu interesse pela cultura foi, naturalmente, o que me impulsionou a aprofundar os temas universitários, as distintas matérias da Faculdade de Direito, que eu fiz em Turim. O primeiro exame, do primeiro ano que eu fiz, foi o exame de filosofia do direito com o professor Norberto Bobbio. A partir desse momento, eu continuei trabalhando com o Norberto Bobbio durante quarenta anos, até o final dos quatro anos do curso, depois como assistente do professor Bobbio, depois como colega na Universidade de Milão, mas sempre voltando a Turim, mas sempre tomando contato. Sei que, eu entrei diretamente na vida universitária através desse contato absolutamente excepcional. Claramente a vida universitária nunca é fácil, e o meu começo ficou bastante complicado, assim que eu passei alguns anos nas empresas privadas. Em Turim, a única empresa provada grande que existia era a Fiat. Eu trabalhei no setor financeiro da Fiat no começo, e depois trabalhei na Editora Einaudi com o professor Bobbio. Assim que, a minha preparação inclui também essa parte prática, que eu apreciei muito porque me ofereceu a oportunidade de conhecer o mundo da economia ao lado do mundo universitário. De outra maneira, seria uma transição de estudante a assistente sem conhecimento do mundo da economia, que é um mundo

importante, que é o mundo da economia real. Mas o contato com Bobbio durou do primeiro ano até a morte do Bobbio em 2004, assim que são praticamente mais de quarenta anos de trabalho conjunto. Isso marcou profundamente a minha carreira, mas também o meu modo de ver o Direito, a Teoria do Direito, a história da filosofia do direito – que é um dos assuntos que mais me interessa.

**SL:** Bom, o senhor tem uma expressão que eu acho encantadora que é “descalçar os chinelos eurocêtricos”. Depois dessa longa e rica trajetória na Itália, o senhor percorreu o mundo também, tanto do ponto de vista físico mesmo, visitando as universidades, percorrendo, dando cursos, quanto da sua obra “Os grandes sistemas jurídicos”. Conta um pouco mais dessa trajetória, como é que se deu essa relação e, em especial, com as universidades brasileiras.

**ML:** Bem, vamos dividir o assunto em duas partes: um primeiro ponto é, por que eu cheguei, como europeu, a me ocupar das situações extra europeias; segundo, como foram os contatos e como cheguei aqui. As duas coisas se juntam, efetivamente. O próprio Bobbio é um grande filósofo e teórico geral do direito. Mas, exatamente nessas excursões com Bobbio – falo dos anos 1968, 1970 –, já se começava a sentir muito, por exemplo, o problema da descolonização. A essa altura, uma vez Bobbio usou uma expressão típica de que ainda não se havia chegado a uma “teoria verdadeiramente geral do direito”. Essa expressão “teoria verdadeiramente geral do direito” chamou minha atenção, porque efetivamente me dei conta de que, um autor como Kelsen, que eu estudei a partir dos anos da Universidade, esse autor Kelsen é um autor de uma teoria europeia do direito e, precisamente, de uma teoria do direito de uma Europa industrializada. Os outros Estados fora da Europa, não eram objeto de estudos de Direito Comparado etc. na Itália e na Europa em geral. Eu comecei desta maneira a abrir os olhos sobre os direitos extra europeus. No final dos anos sessenta, comecei meus estudos de informática jurídica com o “Barreau des Avogados de Paris” (na Itália ninguém se ocupava então do assunto) e nesse contexto participei à “Conférence Mondiale de Bangkok de la

Paix Mondiale par le Droit”: eis aqui a minha descoberta do mundo extraeuropeu e, em particular do seu direito

Em 1968, o professor Alessandro Passerin d’Entrèves, outro professor meu da Universidade de Milão, foi nomeado Presidente da Associação Mundial dos Filósofos do Direito (IVR), e eu como Secretário-Geral. Nessa ocasião, eu comecei a tomar contato e dois amigos ficaram muito vinculados comigo: Junichi Aomi, no Japão, e Miguel Reale aqui no Brasil. E Miguel Reale, poucos anos depois de nosso encontro em 1968 me convidou a Brasil, eu cheguei a São Paulo em 1973, e comecei com o primeiro curso de informática jurídica aqui no Brasil, e todavia existe um livrinho dessa data que é o começo da informática jurídica, que hoje, é... tem uma, como dizer... um aspecto de arqueologia tecnológica porque fala em cartões perfurados, e outras coisas que já não existem, não? Mas, o começo foi assim. E para completar, chegando aqui na USP, eu comecei a estudar o problema da aplicação da informática ao direito brasileiro. Duas pessoas, Dínio de Santis Garcia e Pedro Luiz Ricardo Gagliardi, e outras participaram desse curso e depois aplicaram na informática no Tribunal de Alçada, como se chamava a essa altura, de São Paulo. No mesmo tempo eu me dizia: não é possível estudar e automatizar o direito de um Estado novo para mim, como o Brasil, sem conhecer a história do Brasil. E o próprio Miguel Reale, ao qual eu perguntei qual poderia ser o autor mais interessante para um primeiro contato com a teoria jurídica brasileira, me indicou Tobias Barreto. Eu comecei a estudar Tobias Barreto, e depois, como sempre, resulta que todos os juristas são parentes. Tobias Barreto foi o tradutor de Rudolf Jhering, o alemão, que eu traduzi na Itália. Depois eu desenvolvi uma série de estudos sobre Tobias Barreto, e descobri que o filho de Jhering, Hermann, emigrou no Brasil e que uma parte da família de Jhering vivia aqui no Brasil, em particular, uma parte da família vivia em São Paulo e no Rio. Assim que, o contato ficou cada vez mais articulado, e eu continuei voltando quase todos os anos ao Brasil e ocupando-me, progressivamente, de outros aspectos da Teoria Jurídica Brasileira, e da história jurídica brasileira.

**SL:** Eu acho muito interessante que essa sua trajetória de vida também se reflete na obra dos “Grandes sistemas jurídicos” por dois aspectos originais que ela tem, em

relação a outras obras, por exemplo, a do René David sobre Sistemas Jurídicos. Eu gosto muito mais da abordagem que o senhor faz por dois motivos: primeiro, eu acho muito interessante o direito comparado que o senhor faz a partir de um método diacrônico e sincrônico, não só de uma perspectiva mais mecanicista, mas também contextualizando na história; e o segundo é o estudo da América do Sul. Como é que foi empregada essa metodologia para construir essa obra.

**ML:** É bastante complicado sintetizar, porque, em geral, o começo foi o contato com o Direito Comparado. Mas os juristas que se ocupam de Direito Comparado focam num instituto, por exemplo, a propriedade, a sociedade anônima, e comparam as regras da sociedade anônima no direito italiano com o direito francês e o direito alemão. Eu, de acordo com as raízes bobbianas e as raízes da Universidade de Turim, tinha um interesse também diacrônico, histórico. Eu queria ver não somente como é, hoje, o direito positivo sobre a sociedade anônima, mas por exemplo, como se chegou a esse tipo, e aqui voltamos ao meu problema aqui no Brasil: eu precisava indicar como automatizar, por exemplo, os procedimentos jurídicos no Tribunal, mas ao mesmo tempo desejava conhecer como se chegou às regras de direito processual. A essa altura se precisa substituir, ou integrar a metodologia do direito comparado com a metodologia histórica. É assim que acontece de eu trabalhar como filósofo do direito, mas também como historiador da filosofia do direito, e depois com muitos outros interesses como, por exemplo, o direito como elemento de um mundo cultural, uma visão cultural do direito que é típica do Miguel Reale pai, que foi o meu mentor na minha chegada aqui.

**SL:** E o segundo, como eu ia dizendo, é que nesse momento também o senhor trabalha bastante, e é o aspecto original, esse direito na América do Sul como um todo, enfim, a exportação de determinados códigos... O senhor falava ontem no curso da UERJ, enfim, a partir de Portugal, Espanha, enfim, para cá, que chega primeiro, digamos assim, num aspecto religioso por Jesuítas, a Bíblia, depois os códigos. E isso tanto na América mais espanhola, enfim, América do Sul, quanto no Brasil, enfim, da colonização portuguesa. Isso também é um aspecto bastante original de outras obras que quando vão

falar da América se reportam basicamente à América do Norte, o que eu acho problemático.

**ML:** É, bom, isso é um pouco a visão que hoje é dominante da América do Norte como é dominante do ponto de vista econômico. Mas, o meu interesse é em fazer uma “teoria verdadeiramente geral do direito”, como dizíamos antes, foi também de olhar como se desenvolveu o direito na América Latina, porque a América Latina começou como colônia que recebia os textos jurídicos da Espanha e Portugal. Mas depois se tornaram independentes, depois desenvolveu uma elaboração autônoma de um direito de origem romana, ocidental. O resultado foi que eu, chegando aqui pela primeira vez em 1973, como dizia, com o Miguel Reale, comecei a ver que o Direito do Brasil não coincidia como história do Direito dos outros Estados da América Latina. O Brasil não tinha uma revolução com sangue, morte, como na América de origem hispânica. E por isso eu comecei a estudar e notei que, na realidade, a visão europeia de um direito que continuava aqui não era tão linear. Tinha um desenvolvimento autônomo. E por isso eu comecei a estudar e, quando organizei todos os sistemas jurídicos do mundo no livro que tem esse nome, reservei uma parte, quase uma pequena monografia, ao Direito na América Latina, de fala portuguesa ou de fala espanhola, porque é um desenvolvimento ignorado na Europa Continental até agora. Se começa a estudar algum autor mas sempre do ponto de vista de específicas instituições ou obra, e não como conjunto e desenvolvimento histórico.

**SL:** Eu acho muito interessante que o senhor considera que existe uma família realmente jurídica no direito da América do Sul. E é interessante também essa narrativa de outras histórias e outras realidades fora da Europa. Hoje de manhã na UERJ o senhor falava da Turquia, falava também do Japão, de uma maneira muito interessante, então na obra o senhor também trabalha a Índia, a China, desse quadro não-eurocêntrico, não-europeu, o que mais o tocou dessa peregrinação, digamos assim, pelo mundo?

**ML:** É, bom, essa é, efetivamente, uma luta contra o eurocentrismo. Porém, na consciência de que eu não posso superar o eurocentrismo, porque eu sou europeu. E nesse sentido, o primeiro estudo do Direito que eu fiz foi o estudo do Direito Italiano, que tem raízes romanas e é um direito europeu, e na minha formação cultural fica como o elemento de comparação dos outros Direitos, que podem ser o Direito Islâmico, o Direito da América Latina, o Direito do Japão. A coisa que se precisa não é chegar a anular o eurocentrismo que é, repito, subjetivamente impossível. Mas, ter a honestidade intelectual de tentar superar o eurocentrismo, e tentar olhar os mesmos problemas de uma perspectiva diferente, que é a perspectiva do japonês que vê chegar as naves negras da armada americana, com os canhões apontados para a capital, e a perspectiva dos Estados da América Latina, que surgem como Estados independentes, e tentam organizar-se como Estados autônomos, e tentam criar códigos e Constituições novas, de acordo com a própria estrutura. Claramente, a grande dificuldade é a dificuldade dos idiomas, no sentido que os idiomas orientais são idiomas difíceis, e por isso a minha predileção pela América Latina é que, do ponto de vista cultural, a América Latina é o que eu chamo de “outro ocidente”. Porque aqui continua a mesma tradição religiosa, a mesma tradição linguística, a mesma tradição jurídica que tem o seu fundamento no Direito Romano. Assim que, chegando aqui, continuam de maneira nova, de maneira enriquecida também, elementos que já se conhecem. E o contato com a realidade, e também com o povo, com a gente, é facilitado pelos dois idiomas que se falam. Já chegando no Japão, apesar da boa vontade dos japoneses, e apesar do idioma comum que hoje é o inglês, as coisas ficam um pouco mais complicadas. Os textos escritos são, na realidade, para qualquer europeu e para qualquer não nipônico, “textos fechados com sete sigilos”. O japonês é um idioma complicado. Os jesuítas diziam, justamente, que é um idioma diabólico e, por isso, o contato é muito mais mediado através de intérpretes, cultores de outras disciplinas, e não tão direto como aqui na América Latina. Aqui na América Latina, se eu preciso de um código ou de um texto legislativo, busco o código ou o texto legislativo. Ou é espanhol ou é português, mas o problema é claro. Na Ásia, tem o Japão, a Coreia, a China, a Ásia Meridional com toda essa quantidade de idiomas, isso é uma complicação enorme. Depois tem o grande bloco do Direito Islâmico – que não é

somente no Árabe –, temos o idioma árabe, o persa (ou farsi), assim que, o contato fica mais complicado. Hoje, graças a Deus, existe como metalíngua o inglês – e em certos casos o francês – que ajudam enormemente o estudo. E depois, as pessoas que estudam os distintos direitos precisam ter uma metodologia para sintetizar os resultados da leitura, e para organizar seus resultados de acordo com uma sequência histórica que seja compreensível ao leitor, que na generalidade é o leitor europeu e, nesse caso, precisa ter algumas referências claras para o leitor europeu.

**SL:** Acho muito interessante esse esforço, que é sincero, é notável, de superar ou diminuir esse eurocentrismo. Agora, é claro, como o senhor mesmo fala na obra, há algum grau de etnocentrismo porque você olha de algum lugar esse mundo. Mas ainda assim é notável, você percebe o esforço de ler os autores locais, então o senhor leu o Clóvis Bevilácqua muito bem, enfim... leu o Teixeira de Freitas, Andrés Bello, então, assim, esse esforço realmente de conhecer a realidade tanto nos textos dos autores locais, que são pouco trabalhados, quanto em vir e em ver com os próprios olhos e... Por exemplo, o processo de julgamento do *impeachment* que encerra hoje, o senhor falou que ficou até tarde da noite acompanhando os posicionamentos no Senado antes disso. Então, achei, assim, você nota na obra e na vida do senhor o esforço sincero de conhecer esse mundo. E já caminhando um pouco para o final dessa entrevista, desse nosso bate-papo, eu queria saber se teve alguma pergunta ou algum tema que eu deixei de fazer que o senhor gostaria que alguém tivesse feito, de modo que o senhor tivesse um tempo livre para falar o que o senhor acha mais importante.

**ML:** Mas muito difícil, porque no campo da teoria jurídica, os problemas que enfrentamos na Europa são problemas que não existem na América Latina. A América Latina já tem um número suficiente de problemas, mas o problema que temos agora na Europa é o problema da imigração e o problema da convivência do Direito Islâmico com os Direitos da Europa Continental e com o *common law* da Inglaterra. Até agora, o problema aqui na América Latina não surgiu. A comunidade que chegou da Síria, do Líbano no Brasil, se integrou sem problemas, no Brasil não tem falta de espaço, graças a

Deus, que na Europa já a coisa é muito diferente, e por essa razão, o problema que afeta hoje a Europa aqui não se sente. Mas, ao cabo dos próximos vinte anos e da próxima geração, precisaremos lidar com esse problema da integração de um Direito extraeuropeu num contexto europeu, muitas vezes difícil de harmonizar com as nossas posições, como no direito de família e em muitos outros aspectos. Isso será o feito nos próximos anos, e nesse caso, a falta de união da assim chamada União Europeia, é um problema que se junta aos outros problemas dos quais já indiquei sinteticamente à ciência. Isso é, mais ou menos, a perspectiva do futuro que afeta mais a Velha Europa do que o jovem continente americano.

**SL:** Bom, então eu só queria realmente agradecer a presença do senhor, reiterar que é uma honra e um prazer muito grande, enfim, poder conhecer o autor por trás do livro. Conheci o senhor quando estava no início do doutorado, o professor Gustavo Siqueira me passou uma palestra do senhor, muito boa, fiquei encantado, desci e fui na livraria da UERJ comprar o livro imediatamente, li e achei maravilhoso. Recomendo a leitura a quem quiser conhecer um pouco mais a fundo os sistemas jurídicos do mundo. Porque aqui é só um “bate-bola”, enfim, apresentar algumas ideias centrais e importantes, mas reitero a importância de ler e conhecer o tema a fundo.

**ML:** Agradeço muito a atenção, e espero no futuro voltar aqui no Brasil para retomar os temas, porque são temas que se desenvolvem de um dia para o outro, praticamente, assim que cada ano teremos novos argumentos sobre os Direitos mundiais. Esperamos ver-nos no ano próximo. Muito obrigado!



# ENFORCING SOCIAL RIGHTS BY PRIVATE MEANS: A CASE IN CHINA

MINJIE HU<sup>1</sup>

**SUMMARY:** I Introduction. II The Legal Grounds for the Use of Private Means. A. Rights Clause. B State Positive Duties Clause. C. Society and the Principle of Subsidiarity. III An Example: Different Types of Private Means in Old-age Security. IV Legal Problems Caused by Private Means' Use. A. Accountability Deficit. B. Rights Infringement or Deficiency. C. Efficiency. V Conclusions.

**ABSTRACT:** This Article proceeds in four distinct parts. For Part I, Article 45 of Chinese Constitutional law has stipulated that citizens of the People's Republic of China have the right to material assistance from the State and the society when they are old, ill or disabled. In Part II, I will argue the various private means in China. Particularly, I will base on the specific content of social rights, wherein these types will be depicted by the unique Relationships between *Public and Private*. For Part III, because of the

enforcement of these private means, public law's scholars should discuss such questions: *Accountability, Rights and Efficiency*. Part IV will end with the conclusions.

**KEYWORDS:** SOCIAL RIGHTS, CHINA AND EFFICIENCY

**RESUMO:** Este artigo divide-se em quatro partes distintas. na Parte I, o Artigo 45 da Lei Constitucional Chinesa estipulou que os cidadãos da República Popular da China têm o direito a assistência material do Estado e da sociedade quando estiverem velhos, doentes ou incapacitados. Na parte II, vou discutir os vários meios privados na China. Particularmente, vou me basear no conteúdo específico dos direitos sociais, em que esses tipos serão descritos pelas relações exclusivas entre público e privado. Na Parte III, por causa da aplicação desses meios privados, os estudiosos da lei pública devem discutir tais questões: Responsabilidade, Direitos e Eficiência. A parte IV terminará com as conclusões.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito sociais, China e eficiência.

---

<sup>1</sup> Doctorate in China in law, concentration area social welfare—doctorate by Zhejiang University (2006), visiting scholar by Washington Law College of American University, USA (2012-2013) .Professor of law School, Zhejiang

University, distinguished research fellow Shanghai Institute of Finance and Law, Comparative Administrative Law Institute of Ren Min University of China. Research fields-administrative law, especially related to social rights.



## 1. INTRODUCTION

Social rights refer to the rights by which citizens shall receive such services as food, health care, housing and social security. Whether social rights can be left by the courts' judgment is a controversial issue in the modern constitutional theory<sup>1</sup>.

For example, American Constitution does not include any type of these rights; most American scholars have taken the position against their inclusion accordingly.<sup>2</sup> In essence, the opposite attitude for the judgment of social rights by courts mainly depends on the separation of powers, democratic considerations, public policy considerations, in addition to the indeterminacy of social rights.<sup>3</sup> But many post-developing countries specify these rights. Even in South Africa, the courts' revolved jurisprudence on socio-economic rights is reviewed by three leading cases: *Soobramoney*,<sup>4</sup> *Grootboom*,<sup>5</sup> and *Minister of Health v TAC*.<sup>6</sup> The recent literature in English has tremendously focused on the South African Constitutional Court and has been typically vital of its perceived deferential approach, which is largely based on the traditional administrative law model of reasonableness review.<sup>7</sup> Many Chinese scholars also

---

<sup>1</sup> Many scholars have discussed this question. See Mark Tushnet, *Weak Courts, And Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press (2009); Charles A. Reich, *The New Property*, 73 Yale L. J. 733 (1964); Cass Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do?* 221 (2001); Frank I. Michelman, *In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice*, 121 U. Pa. L. Rev. 962 (1973); Amy L. Wax, *The Constitution under Clinton: A Critical Assessment: Rethinking Welfare Rights: Reciprocity Norms, Reactive Attitudes, And The Political Economy Of Welfare Reform*, 63 Law & Contemp. Prob. 257 (2000); Archibald Cox, *The Supreme Court, and 1965 Term - Foreword: Constitutional Adjudication and the Promotion of Human Rights*, 80 Harv. L. Rev. 91 (1966) Frank B. Cross, *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, 85 Cornell L. Rev (2000); Helen Hershkoff, *Positive Rights And State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review*, 112 Harv. L. Rev. 1131(1980) Charles A. Reich, *Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues*, 74 Yale L. J. 1245, 1255 (1965)

<sup>2</sup> Cass Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do?* 221 (2001)

<sup>3</sup> Cass Sunstein, *Social and Economic Rights? Lessons from South Africa*, Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper No.12 William E. Forbath, *Not So Simple Justice: Frank Michelman on Social Rights, 1969-Present*, 39 Tusal.L.Rev. (2004), pp 597, 598 & nn.5-6.

<sup>4</sup> *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1998 (1) SA 765 (CC), 1997 (12) BCLR 1696 (CC) (hereafter *Soobramoney*).

<sup>5</sup> *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2001 (1) SA 46 (CC), 2000 (11) BCLR 1169 (CC)

<sup>6</sup> *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* 2002 (5) SA 721 (CC), 2002 (10) BCLR 1033 (CC) (hereafter the *TAC* case). These three cases deal primarily with the socio-economic rights protected in ss 26, 27 and 28(1) (c) of the Constitution.

<sup>7</sup> Sandra Liebenberg, *Adjudicating Social Rights under a Transformative Constitution, in Social Rights jurisprudence: Emerging trend in international and comparative law, supra note 2, at pp 75, 90.*

use the South African, American or German laws as example to justify social rights.

However, I hold the opinion that social rights are not mere unspoken rights. *Courts, Legislators, Agencies* can choose appropriate means to implement them. In other words, if the topic of justifiability focuses more on the role of courts, then my article will be inclined on the reality of social rights. My article will especially discuss their enforcement by private means. This is due to the fact that any right would have cost, which definitely includes the social rights. Any country that desires to achieve these rights must have the financial support. However, many countries still face a lot of financial risks because of the limitation of financial budget. The governments also need private sources to accomplish the goals of co-operation and collative governance in *New Public Management Theory's* time<sup>8</sup>. Therefore, governments and agencies have used private means such as *Contracting-out; Franchise* or *PPP (Partnerships between Private and Public)* to enforce social rights.

This Article proceeds in four distinct parts. For Part I, Article 45 of Chinese Constitutional law has stipulated that citizens of the People's Republic of China have the right to material assistance from the State and the society when they are old, ill or disabled. The State develops social insurance, social relief as well as medical and health services required for citizens to enjoy this basic right. This provision includes many meanings, which will be analyzed herein.

In Part II, I will argue the various private means in China. Particularly, I will base on the specific content of social rights, wherein these types will be depicted by the unique Relationships between *Public and Private*. For Part III, because of the enforcement of these private means, public law's scholars should discuss such questions: *Accountability, Rights and Efficiency*. I shall talk about the experience in *Elderly Support System* of China to explore these controversies. Part IV will end with the conclusions.

---

<sup>8</sup> The first practices of New Public Management emerged in the United Kingdom under the leadership of Prime Minister Margaret Thatcher. Thatcher played the functional role of "policy entrepreneur" and the official role of prime minister. Thatcher drove changes in public management policy in such areas as organizational methods, civil service, labor relations, expenditure planning, financial management, audit, evaluation, and procurement. Gernod Gruening, *Origin and Theoretical Basis of New Public Management*, *International Public Management Journal* 4 (2001), p1-25.

## 2. THE LEGAL GROUNDS FOR THE USE OF PRIVATE MEANS

Some scholars believe that now we are in the stage of *Contracting State*. *Contracting State* means that these forms of regulatory contractual relationships reflect on some jumble of private law and public law's understandings. They structure the relationships between the government, regulated entities, and putative beneficiaries of these apparent schizophrenic regulatory programs.<sup>9</sup> For instance, in Brazil, the Federal Constitution also demands that government contracts for public tasks, services and public procurement be made through a bidding process at the federal, or state and municipal levels.<sup>10</sup> Accordingly, it is necessary to outline what the legal basis is. As far as *Constitution of the People's Republic of China is concerned*, it includes three types of norms related to the use of Private Means.

### A. Rights clauses

According to the Article 45 of the *Constitution of the People's Republic of China*, "Citizens of the People's Republic of China have the right to material assistance from the state and society when they are old, ill or disabled." Based on the original meaning of this Article, the citizens have the right to seek for material assistance. *The Right to Material Assistance* (物质帮助, *Wu Zhan Bang Zhu*) was derived from the 1954 version of the Constitution. At that time, the government of China protected the basic demands including the provisions of adequate food, water, clothing, and shelter. Elderly, ill or disabled people were the holders of social assistance rights. I'm inclined to agree with this opinion, which is *the Right to Material Assistance* is a conditional right, and is right for *particular* citizens. Other social rights such as right to education, health care and housing need to be clarified by upcoming articles with more programmatic or obligatory features.

Currently, the government is aware that it ought to safeguard the citizens' basic rights and ensured social assistance in the spirit of citizenship. The change in the conception of social assistance enhances political status of social assistance system, while increasing government's

---

<sup>9</sup> Jody Freeman, *The Contracting State*, 28 Fla. St.U.L.Rev. 155(2000).

<sup>10</sup> Brazil Constituição Federal art.37, XXI.

responsibility, and ensuring governmental supervision of the social assistance system. The acceleration of economic reform in 1990s has repeatedly highlighted the significance of social welfare in maintaining economic growth, social stability and political authority.

## B. State positive duties clause

State positive duties especially include many contents in socialist system, because that traditional socialist constitutional law of China pays more attention to protecting social rights than protecting economic freedom.<sup>11</sup> In this political system, socialist states have more positive duties of providing particular material protection.

Meanwhile, various guarantees of socialist countries place greater emphasis on "*people's participation*", which is derived from the provisions of *Article 2 of the Constitution of the People's Republic of China*: "All power in the People's Republic of China belongs to the people.....People administer state affairs and manage economic, cultural and social affairs through various channels and in various ways in accordance with the law."

According to such stipulations, we can get these factors: (1) Each law can make special provisions for people's involvement; (2) People can take part in state management by many different ways; (3) People can deal with the national affairs, economic and cultural undertakings, as well as social affairs. On the basis of this stipulation, socialist powers belong to *People*, which imply People can engage social affairs by public or private means. Furthermore, governments' positive duties have more detailed content in the specific rules.

By using *Law of the People's Republic of China on the Protection of the Rights and Interests of the Elderly (2015 Amendment)* as example, Article 33 stipulates that the state shall establish, improve the welfare systems for the elderly and increase their social welfare in accordance with the economic and social development level along with their actual needs.

*The state shall encourage local governments to establish an advanced-age allowance system for the low-income elderly at or above the age of 80.*

*The state shall establish and improve the support system for the elderly in the families complying with the family planning policy.*

---

<sup>11</sup>Han dayuan, Lin laifan, Zheng Xianjun, *Topics on Constitutional Law*, China Renmin University Press (2004)

*Rural areas may take some of the jointly owned land, forests, water bodies, shoals, among others that are not contracted out as elderly care bases and the earnings therefrom shall be used for supporting the elderly.*

From the initial stage, old-age security programs have some *moral colors*, in which governments mobilize private sources. Governments take positive attitude for supporting private parties through providing subsidy, and making specific rules to promote positive encouragement. For instance, there are more than 180 nursing homes in Guangzhou City, but 160 nursing homes need government's supports. The hospitals in district-level have been supported by the governments.<sup>12</sup>

These duties belong to the governments and agencies. However, there are also many societal sources in the *Constitution of the People's Republic of China*. Article 45 specifies that the state and society guarantee the livelihood of disabled members of the armed forces, provide pensions to the families of martyrs and offer special treatment to the families of military personnel. The state and the society assist in making arrangements for work, livelihood and education for the blind, the deaf-mutes and other handicapped citizens. In history, the *Society* is the common body of protecting social rights.

### C. Society and the principle of subsidiarity

*The Principle of Subsidiarity* means that "citizens should take responsibility for best in achievement of their own development and to encourage social groups to actively organize, unite and create mutual assistance as a way to promote social welfare services". *Subsidiarity is based on a society's view wherein responsibilities are conditioned by the closeness of people's relationships. Involvement at higher levels of the society has to be seen as a subsidiary to the commitments of the smaller social units. As narrowly applied in the context of the community, subsidiarity has been viewed to refer to a functional division of administrative responsibilities, even though the principle is referred back to its wider usage at some times. This implies an emphasis on decentralization and diversity.*

While this principle is the basic principle of European Union and German Law, we can also

---

<sup>12</sup> [http://www.dayoo.com/gb/content/2003-03/06/content\\_975749.htm](http://www.dayoo.com/gb/content/2003-03/06/content_975749.htm).

find certain specific contents in Chinese law's context. For instance, Article 13 of *Law of the People's Republic of China on the Protection of the Rights and Interests of the Elderly* stipulates that, "The elderly peoples shall mainly be provided by their families and their family members shall respect, care for and look after them. This provision clearly reveals that *the Principle of Subsidiarity* in elderly support system is that the family has the critical body and state just has supplement responsibility. Chinese family old-age support is profoundly rooted in the *Confucianism* beliefs and has been the focus of social structure. This character has been a definitive factor in the Chinese culture and personality.

In the development of social welfare administration, especially in the field of old-age security, specific legislations made by central or local government have provided that various items about old-age security initially belonged to the society, family and include personal responsibility as well. The governments of China actively have promoted home-based care as the primary pillar of services for the elderly persons. This position is an agreement with the cultural tradition of filial piety. Many old-age cares are the informal types of care by family members. For those who can afford it, this may be complemented by formal services provided at nursing homes by caregivers.

### 3. AN EXEMPLE: DIFFERENT TYPES OF PRIVATE MEANS IN OLD-AGR SECURITY

Since *the Policy of Reform and Opening-up* in China, many scholars have paid more attention to the relationship between state and society. We might predict if Chinese economy remained in the *Plan Economy* time close to one iron broad, private parties had little chance to participate governance. In this system, the State almost monopolized total resource. *State-owned without private* unprecedentedly prevail.<sup>13</sup> With the origin of *Reform and Opening-Up*, various forms of individuals and organizations begin to have more living space, private as dynamic of which gradually active.

Article 24 in *Law of the People's Republic of China on Population and Family Planning* which provides:

---

<sup>13</sup>Jin Zining, *The Reflection of Difference between Public law and Civil law*, Peking University Press (2007),p119

*The localities where there are conditions may, according to the principle of government guidance and peasants' volunteerism, apply multiple forms of safeguards for the elderly in rural areas.*

For a long history, social security was an urban phenomenon in China. Now, it is as large as in many industrialized countries and produces even greater financial problems. *Danwei* will provide housing, medical care and old-age security for the workers. The same services were provided to its pensioners, of whom there were few since China still had a small population. In any competitive system, there is a basic political economy problem when current workers or consumers are expected to finance a debt from the past; but the shock was mainly great given the sudden transition stage in China.

For instance, a lot of social factors have engaged in pension system. In the urban areas, China's urban pension system has been through a series of reforms since its establishment of 1951. In the beginning of these reforms, it was only covered the state and urban collective sectors, but later it had expanded to cover all employees working in the cities and towns, regardless of the enterprise or organization's ownership. In January 1999, the State Council presented the *Tentative Rules on the Payment of Social Security Dues*, which was a government policy directive designed to speed up the inclusion of non-state-owned enterprises and migrant workers in the pension system (State Council 1999). Commonly, this policy is termed as the *Basic Pension Insurance* for urban employees.

Recently, this scheme has been opened to include workers in other rapidly growing urban sectors, mainly foreign-funded enterprises, private enterprises, and the self-employed. In this scheme, the employer and the employee are both able to make contributions and the government acts as pension guarantors. Employers presently contribute 12% or more of the total employee payroll, while the employees contribute 4%–8% of their wages. In the rural areas, for basic pension, this fund might come from government's subsidy. For instance, Provincial governments need to give enough subsidies for *New Rural Social Pension Insurance Program*.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> A major feature of this scheme is that, for the first time in China's long history, the government will make direct contributions to a rural pension scheme. This government involvement will have major implications not only for millions of old people living in rural areas, but also for economic and social development in rural China more

In 1995, a consent had not yet been reached on what exactly ought to form China’s multi-polar system. So, *Document 6 by State Council* had given municipalities with two choices. The first choice emphasized the defined contribution pillar, while the other allowed a greater role for the public defined benefit pillar.

Nearly 60% or 86 million of elderly people in China live in the rural areas. The country is probing the establishment of an old-age security system in this area which says a white paper issued by the information Office of China’s State Council.

The document titled as *The Development of China's Undertakings for the Aged* articulates that the government begins the study of the old-age social security system’s establishment in rural areas for protecting basic livelihoods of the elderly people through highlighting the role of land and family in the process of providing elderly service.

By the end of 2005, the *White Paper* recounted that about 1,900 counties in 31 provinces, autonomous regions and municipalities under the central government had established own old-age social insurance systems. More than 54 million farmers were involved in this system, with the accumulated insurance funds hitting 31 billion Yuan (4.2 billion US dollars). Presently, more than three million farmers receive the pensions.

In recent years, the Chinese government has progressively established a uniform basic old-age insurance system in urban areas. The *White Paper* notes that by the end of 2005, the number of people involved in the basic old-age insurance scheme across China had reached 175 million, 43.67 million of whom were retirees. The aging of China's population sped up in the first years of the new century. By the end of 2005, there were close to 144 million people over the age of 60 in China, which accounted for 11% of its whole population. This has posed a big challenge to the government on how to assure legitimate rights and interests of the elderly people.

Currently, old-age security includes two main concepts: “rural old-age security” and “urban old-age security”.

Rural old-age Security	Urban old-age Security
Family old-age support	Family old-age support

generally.

Five Guarantees Family (五保户 , Wu Bao Hu)		Community old-age support	
Nursing home old-age support	Public nursing homes	Nursing home old-age support	Public nursing homes
	Private nursing homes		Private nursing homes
	Public-Private nursing homes (contract)		Public-Private nursing homes (contract)
Commercial old-age Security		Commercial old-age Security	
Land old-age security		Private help in old-age security	

Cities, government-run institutions and senior care homes are needed to admit elders who qualify as “Three No’s.” In rural areas, government-run homes for the elderly target the “Three No’s” who are qualified for the “Five Guarantees”---that are, food, clothing, housing, medical care, and burial expenses. Certainly, all residents in rural facilities are welfare recipients, as they have always been.<sup>15</sup>

Policy makers also ascertain that the government’s role must shift from being the direct “supplier and provider” to being a “purchaser and regulator” of services. Guided by this strategic shift, a series of national policy directives have been issued to speed up private-sector development of institutional social services for the aged. Multiple strategies are in force, ranging from state-built and privately run facilities to private operated facilities with government support and subsidies for construction and operations.<sup>16</sup> Moreover, *Contracting-out* or *PPP* can be utilized in providing services. We can distinguish these types into three categories.

(1) Private-built and government support: Subsidy or contract

---

<sup>15</sup> Wu B, Mao ZF, Zhong R. *Long-term Care Arrangements in Rural China: Review of Recent Developments*. J Am Med Dir Assoc. 2009,10(7),pp 472–477.

<sup>16</sup> China publishes a *White Paper* on its undertakings for the aged. *China.org.cn* [serial on the Internet] 2006 Dec 12; [cited 2012 Nov 5. Available from: <http://www.china.org.cn/english/China/19/1990.htm>.

(2) State-built and Private-run: Contracting out

(3) Private-built and Private-Run: PPP

But in these three types, one may need to see contract as a popular type.

In China, the number of the total nursing home beds covers only 2% of the aging population, and 18% of the disabled aging population. Only 1.3% of the elderly population lives in the government-funded nursing houses. According to the Chinese authorities, there is the demand for an additional 3.4 million hospital and nursing home beds for senior care over the next five years as well as market size expected to grow exponentially. The market of housekeeping for the elderly is expected to expand upon 99 billion to 326 billion at the next 35 years.

#### 4. LEGAL PROBLEMS CAUSED BY PRIVATE MEANS' USE

With the change and revision of government's duties, more private means such as contracts which have different goals are used in each stage of administrative acts of governance. Meanwhile, because the contracts' nature is private, it will initiate many issues. For instance, the contracts maybe transfer the public accountability and infringe citizenship's rights. Consequently, we ought to decide suitable scope and limit. We need to consider different factors including administrative duties, different levels affecting citizen's rights, the cost-benefit analysis and expertise. By considering these factors, the goal of contract governance can be accomplished and the infringement on public value can be prevented.

Three main checkpoints were developed for good governance by using of private means: (1) Accountability Deficit; (2) Rights' Infringement or Deficiency; (3) Efficiency.

##### A. Accountability deficit

When agencies use private means to fulfill public goals, the relationship between private parties and agency will complicatedly be changed. Public lawyers have identified particular legal governance and accountability problems with the development of quasi-markets and contractualization. Professor Mino concludes that greater private involvement in traditional

public sectors is both inevitable and in many respects desirable, but she has also significant concerns about the loss of public accountability.<sup>17</sup>

In this context, the reduction in the role of the state has two aspects: removal of certain functions from direct bureaucratic control, and corresponding dispersal of powers of resource allocation and decision-making beyond clearly demarcated state boundaries. The new contracting forms have brought about doctrinal problems within the private law and the public law. These problems have given rise to the fear that contractual relationships might fail to be regulated adequately by either branch.

Furthermore, public law's accountability is inclined into two sides which are administrative organ (service buyers) and private parties (service provider). Meanwhile, this accountability doesn't not only focus on the liability for breaching contract, but also focuses on the new concept of accountability on the basis of privatization and public-private partnership including regulatory accountability, protective accountability and guarantee accountability.

For instance, if any nursing homes were subsidized by the government, in this field, we need to observe three relationships of law:

*R1: Citizens and Private Nursing Homes (Service Providers)*

*R2: The Relationship between Citizens and Agencies (Service Supporters)*

*R3: The relationship between Private Nursing Homes and Agencies (Service Supporters)*

In *R1*, this legal relationship's nature is private. Private nursing homes need to offer enough and good service for the citizens. But if any infringement happens, there is the choice to apply for agency's protection. In a typical private contract, the focus is on protecting the property rights of the parties for ensuring the benefits of the bargain and to protect against harm in the event of breach. In other words, there is public accountability.

In *R2*, if some private nursing homes fail to have any subsidy from the governments, this private nursing home might be the body in civil law's context. However, in many areas, private nursing homes need to have some governments' subsidies. We reasonably expect agencies try their best to ensure that public funds can be used for intended goals. Meanwhile, we also can reasonably expect a nonprofit organization to guard against the threat of penalties that could

---

<sup>17</sup> Michael J. Triblock and Edward M. Iacobuccin, *Privatization and Accountability*, 116 Harv. L. Rev. 1422 2002-2003, p1422.

damage the organization's reputation and even put it out of business. However, government's officials might develop some better ways to exercise their responsibilities of oversight, even if this may need placing more responsibility and expecting more work for agency officials.

The primary emphasis ought to be on maximizing benefits for the clients. As a result, when agencies use any private mean to accomplish public goals, they always do not want to endure any public accountability for private parties' rights infringement. The application of conventional government contracting processes in the outsourcing of fundamental agencies' responsibilities will lessen the ability of concerned citizens significantly to be aware of the political issues inherent in decisions.

In R3, agencies can use many private means include *contract, subsidy, purchasing service*.....For instance, agencies give some funds for private nursing- homes' operation, but private nursing homes' ownership belongs to private nursing home. As a result, the relationship between agencies and private nursing home belongs to public law's relationship. Agencies need to guide and supervise the use of nursing home for public goals. If agencies use PPP contract to provide public service, the accountability will be differentiated with the subsidy. The former is public law's accountability and the latter is contract's accountability.

But in practice, because private means exist in many special cases, we still need judge it case by case. In *the Pension Organ of Shi Ye Dan Wei at Xiang Cheng v Hotel of Xiangcheng*, the court judge that:<sup>18</sup>

*The court thinks that this case is the scope of civil litigation. The relationship among institution of pension, payment Danwei and private parties' nature is contract nature. That is because those private parties must pay cost for their pension when they can work.*

We can see this reasoning of the court which is "*pension relationship is a contract feature*.....*At this point; right to the pension is derived from the contractual relationship.*" Furthermore, the court held that appellants should be characterized as institutions managed by enterprise's style. In other words, the relevant disputes should be thought as civil disputes on pension. This public institution should have civil legal status rather than administrative legal

---

<sup>18</sup> No 585, Henan Province, Zhou Kou City, Medium People Courts Judgement (2009)

status.

### *B. Rights' infringement of deficiency*

Basis on the particularity of welfare administration, private parties can participate in fulfilling the assignment of welfare administration by various forms. These problems are related with procedure law and reveal of information, as well as the relief from this. The administration of elderly security system is a typical field.

As previously discussed, agencies prefer civil accountability other than public accountability. For any citizen, if he/she encounter agency, he/she can protect themselves by procedure law. For instance, in the context of American law, the Supreme Court in *Kelly v. Goldberg*<sup>19</sup> held that due process protections applied to statutory provided welfare benefits. The *Goldberg* Court spoke graciously and generously about the poor, observing that we have come to recognize that forces not within the control of the poor contribute to their poverty and that welfare was not “mere charity,” but rather allowed the poor to “participate meaningfully in the life of the community” by meeting basic subsistence needs.

But when commercial institution or NGO to provide service, whether consumers have due procedural rights or not?<sup>20</sup>

The American Supreme Court had accepted the view that private actions should be viewed as state actions in special circumstance. However, it has applied this view narrowly, considering that most actions are private despite clear traces of government participation. In overall, despite different modes of argument, the cases suggest two central theories for recognizing private activities as state actions: (I) *Public Function Theory*: the private activity is public in nature regarding its functions and purposes, and therefore the state should be responsible for it. (II) *Nexus Theory*: The government involvement with the private activity is so substantial that the separation of the two is inappropriate.<sup>21</sup>

In China, on the basis of *Government Information Disclose Regulation*, one can apply the

---

<sup>19</sup> 397 U.S. 254 (1970)

<sup>20</sup> Sappington D E M, Stiglitz J E. *Privatization, Information and Incentive*, Journal of Policy Analysis and Management, 1987, 6(4): 567-585.

<sup>21</sup> Daphne Barak-Erez, *A State Action Doctrine for an Age of Privatization*, 45 Syracuse L. Rev. 1169

governments' information disclose. If this commercial institution or NGO constitutes the *Public Institution* in *Government Information Disclose Regulation*, private parties might use this regulation to protect people's rights, as procedural rights. Different from American law, one does not have other procedural rights such as *hearing*. Of course, you also can't use *State Action* principle. In other words, besides the stipulation of *Government Information Disclose Regulation*, private parties can't find another means to achieve public law's protection.

### C. Efficiency

The failure of the public sector is usually defined as an incapability to offer high quality services efficiently at a reasonable cost, and is attributed to the government's being hamstrung by regulations.<sup>22</sup>With less red tape and bureaucracy, private organizations are thought to provide incentive structures that minimize agency costs compared with the public sector.

In elderly support systems, the public nursing homes coexist with private nursing homes. Hence, private nursing homes always encounter the unfair competition. The private pension institutions always locate in remote and inconvenience areas with old facilities. The existing beds do not accord with the standard of service facilities and social workers are insufficient for public service. Occupancy rate of bed is so high that many elder persons don't have enough beds, even they have, and they still are lack of good service. Besides these factors, private nursing homes will have a *lengthy* license process of because of excessive luxury and high cost or inadequate condition due to the lack of funds and policies. 40% of the private nursing homes have a great *deficit* for many years. Despite rapid growth in the elder-care home industry in China, the market is tilted toward the former government-owned elder care homes that still enjoy institutional and bureaucratic advantages in funding, staffing, and insurance.<sup>23</sup>China has implemented to address its nursing shortage and the challenges that it is currently facing.

Thus, in China, we intend to discuss how to achieve the private parties' independence, especially by focusing on one kind of autonomy separated from agencies. This is first question;

---

<sup>22</sup> Robert Melia, *Private Contracting in Human Services* (June 1997), <http://www.pioneerinstitute.org/research/whitepapers/wp03full.cfm>.

<sup>23</sup> Zhan H J, Liu G, Bai H G. *Recent Development in Chinese Elder homes: A Reconciliation of Traditional Culture*. *Ageing International*, 2005, 30(2),pp 167-187.

Efficiency is the subsequent problem. Many Chinese older persons prefer “public” institutions more than “private” institutions.

## 5. CONCLUSIONS

In china, we consider that the civil sphere has close relationship with the public sphere, so even when governments use PPP or other private means to achieve public goals; it is difficult to clear the line of these two spheres. State’s role is bigger than society’s role. Society is an organ or institution of state. In this background, this question maybe is the first diffused question whether private means are better than public means or not. Nowadays, for enlarging the citizen’s participation, lessening the burden of finical burden and enhancing the efficiency of public service, State and Governments also encourage private means to enforce the social rights. Consequently, China governments rely on society including family, community, neighborhood and other voluntary associations instead of traditional institutions to satisfy local needs and individual needs.

In this background, China still faces many transitional problems including the dual social security system, the reform of education and many reformations of social sphere. Social rights have been affirmed and been protected by the Constitution of China. To enforce these rights still faces several problems in this transitional stage. As a result, ideal path is judicial review way. How to use the protected measures in administrative procedure or the process of welfare administration is another practical path.

These private means *aren’t* the old concepts as governments, but apparently private means have a rapid growth in china. Today, the challenge is to achieve a good division of functions and responsibilities between governments and the private sectors in order to take advantages of the strengths of private and public bodies, and to overcome the limit of the other. As we had discussed, to achieve the autonomy of NGO or other civil institutions, this question is the foundation of clearing the line between public spheres with civil sphere. This new relationship will satisfy the wants and needs of citizen. As a result, social rights also can be achiev.

# THE JUDICIAL REMEDY IN THE MODERN AGE OF INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION

JIPING ZHU<sup>1</sup>

CAI LIN<sup>2</sup>

**ABSTRACT:** This article is an overview of social rights and its judicial remedy, which aims to illuminate the theoretical and practical reasons of judicial remedy for social rights in contemporary China. First, the article introduces constitutional norms and other legal norms in Chinese legal system related to social rights; second, it introduces main three debates on the justifiability of these constitutional social rights; third, it introduced the main approaches and typical cases in realizing judicial remedy of social rights based on given laws.

**Keywords:** judicial remedy, social rights, anti-discrimination

**RESUMO:** Este artigo é uma visão geral dos direitos sociais e seu recurso judicial, que visa esclarecer as razões teóricas e práticas da justiciabilidade de direitos sociais na China contemporânea. Primeiro, o artigo introduz normas constitucionais e outras normas legais no sistema legal chinês relacionadas aos direitos sociais; em segundo lugar, introduz os três principais debates sobre a justificabilidade desses direitos sociais constitucionais; em terceiro lugar, introduziu as principais abordagens e casos típicos na realização de reparação judicial dos direitos sociais com base em determinadas leis.

**PALAVRAS-CHAVE:** remédio judicial, direitos sociais, antidiscriminação

---

<sup>1</sup> Doctorate by Chinese Academy of Social Sciences (2006) in law, Professor of Northwest University of Politics and Law, Member of China Law Society and Director of The Academy of Jurisprudence. Research field – philosophy of law, especially study on legislative practice for democracy, fundamental social rights, and social impartiality in china.

<sup>2</sup> Associate Professor of Law Law School, Nanjing University. Ph. D., Institute of Law, the Chinese Academic of Social Science, 2006 M.L., Law School, Soochow University, 2001 B.L., Law

School, Soochow University, 1998 Working Experiences Law School, Nanjing University Associate Professor of Law, 2011 –present Assistant Professor of Law, 2006. -2010 Law School, Hohai University Assistant Professor of Law, 2004 -2006 Visiting Scholar Kiel University, Germany, 2011-2012, Professor cooperated: Prof. Robert Alexy Distinguished Research Fellow Deutsch-Chinesisches Institut für Rechtswissenschaft, Nanjing University Publications E-mail: [cailin@nju.edu.cn](mailto:cailin@nju.edu.cn)

## 1. INTRODUCTION

This article is a theoretical overview of social rights and its problems in China depending on Chinese scholars' research in this area. "China" in this context refers only to the mainland from 1949. This paper focuses on arguments of Chinese scholars and typical Chinese cases about social rights. And the main purpose of this paper is to illuminate the theoretical and practical reasons why we have such an approach of judicial remedy for social rights in China nowadays.

## 2. WHAT ARE SOCIAL RIGHTS?

The first step to discuss judicial remedy of social rights is to understand the very Chinese meaning of "social rights".

Normally, there are three popular terms used in discussing and arguing social rights protection in Chinese academic area. The first is social rights (社会权), which translated from German constitutional legal theory; the second is welfare rights (福利权), which came from American constitutional and administrative law; the third is the right of social security (社会保障权), which is discussed much more earlier than social rights and welfare rights in China and focused mainly on social assistance when its beginning, which is also a topic of management science.<sup>1</sup>

Logically, the scope of welfare rights is broader than social security; even it includes social security. But in china, especially in everyday use, that a man who enjoys

---

Asso. Prof. CAI Lin, Law School, Nanjing University, Distinguished Research Fellow, Deutsch-Chinesisches Institut fuer Rechtswissenschaft ; Prof. ZHU Ji-Ping, Northwest University of Political Science and Law.

<sup>1</sup>According to the result of search "the name=社会权" in National Library of China, there are 7 books published until now; if "the name=福利权", there are 5 books published; if "the name=社会保障权", there are 13 books published. The result in China Academic Journal Network Publishing Database shows that, the number of those articles published in core journals with the name that includes "社会权" is 38; while "福利权" is 12 and "社会保障权" is 49.

the right of social security does not mean he enjoys social welfare at the same time. There are three levels of social rights protection: social assistance means man can enjoy the survival material assistance without any charge; social security means man can enjoy the social rights based on the social insurance; while social welfare means man can live better than just to be survival, which includes, for instance, to enjoy public service, material welfare Dan-wei (working unit)<sup>2</sup> supplies and so on, and it does not always depend on social insurance. Although some scholars inclined to use a broader understanding of social welfare in academic articles, this everyday using of social welfare still works in discussing.<sup>3</sup>

Comparing to social welfare, the scope of social rights is admitted to be broader, which includes social welfare, social assistance and social security, and even can be divided different protective status.

In Chinese common sense, only the right entitled in law may have the legal possibility to realize its value as a subjective right. Then, the abstract theoretical “social rights” in Chinese Constitution can be understood as a collection of substantial constitutional rights according to a prevalent idea, which argues that the social rights stated in Chinese constitution named as “Economic and social rights”, combine the economic liberty and social rights based on the state economical policy, socialist market economy.<sup>4</sup> The “Economic and social rights” in Chinese constitution (1982)<sup>5</sup> includes the right of property and inheritance (article 13), the right to work (article 42), the right to rest (article 43), the survival right (or the right to material assistant, article 44, 45), and

---

<sup>2</sup> Dan-wei (单位) is a vague term in China. Normally, it could mean those state-owned business, public institutions (for example, university, hospital, etc), and government organs. The function of Dan-wei for employees was similar as a big family. The welfare of those employees, which included housing, medical care, retire pension, depended on Dan-wei they worked for.

<sup>3</sup> Sometimes the misunderstanding of social welfare came from the Chinese word “welfare”(福利). Comparing the “security/protection”(保障), welfare means those supplying out of the minimum standard of social assistance.

<sup>4</sup> 林来梵：《宪法学讲义》（第二版），法律出版社2015年版，第389页。

<sup>5</sup> The first constitution was promulgated in 1954, the second was in 1975, the third was in 1978, the constitution of 1982 is the current active constitution, which had several amendments after promulgated.

the right to be educated (article 46).<sup>6</sup> However, as a socialist country, social rights are more important than economic liberty.<sup>7</sup> Therefore, the substantial social rights could be understood as those entitled rights except the right of property and inheritance.

In addition to those substantial social rights prescribed, there are some general principles which are related to social rights. For instance, in article 19 it prescribes “the state undertakes the development of socialist education...”; and in article 21 it prescribes “the state develops medical and health services...”. All of those prescriptions as general principles set up the aims the state needs to achieve. From article 21, some scholars inferred that there is a right to health as a sort of social right the constitution entitled,<sup>8</sup> the same as inferred environmental right<sup>9</sup> and cultural right.<sup>10</sup>

Normally, because the social rights are treated as positive rights which depending on the public financial support, the legislation and administrative policy are primary methods to realize prescribed social rights. Since 1978, the National People’s Congress began to promulgate lots of legal codes on social rights protection; the state council also enacted lots of regulations or administrative orders to improve people’s living standards. Scholars even theoretically connected these legal codes as a department of legal system, i.e. social law department, which includes labor law, law on protection of the disabled, law on protection of the minors, law on protection the interest of women, children and the elders, law on donations for public welfare, social insurance law, the trade union law, law on promotion of employment, etc.<sup>11</sup> In addition to these laws prescribed by people’s congress or the standing committee of people’s congress, there are lots of administrative regulations and policies. According to the official website of the Ministry of Human

---

<sup>6</sup> 韩大元、林来梵、郑贤君著：《宪法学专题研究》，中国人民大学出版社2004年版，第273页。

<sup>7</sup> 韩大元、林来梵、郑贤君著：《宪法学专题研究》，中国人民大学出版社2004年版，林来梵撰写第十二章“社会经济权利”部分。

<sup>8</sup> 上官丕亮：《论宪法上的社会权》，《江苏社会科学》2010年第2期。

<sup>9</sup> 韩大元、林来梵、郑贤君著：《宪法学专题研究》，中国人民大学出版社2004年版，第386页；白平则：《论环境权是一种社会权》，《法学杂志》2008年第6期；聂鑫：《宪法社会权及其司法救济——比较法的视角》，《法律科学》2009年第4期。

<sup>10</sup> 聂鑫：《宪法社会权及其司法救济——比较法的视角》，《法律科学》2009年第4期。

<sup>11</sup> 张文显主编：《法理学》，高等教育出版社2003年版，第106页。

Resources and Social Security of the People's Republic of China, 1015 legal regulations and policies have been issued until now, which cover human resources, employment promotion, labor relation, salary and welfare, medical care, social security in rural, etc.<sup>12</sup>

Although social rights can be realized through the legislation and administrative orders, once social rights are prescribed as legal rights, people shall have the right to claim directly to courts for realizing their rights. That is why there is judicial remedy of social rights. But it is not so simple in China.

### 3. ARE SOCIAL RIGHTS JUDICIABLE?

Commonly, when we mention the judicial remedy of social rights, it means judicial remedy of constitutional social rights. But there are several obstacles in China as follows: (1) judicial ability dissent: social rights are positive rights, which depend on the public finance support and the national economic policy, therefore, the judges has not enough judicial ability to make reasonable judgments in these cases. (2) state's obligation dissent: our constitutional norms do not prescribe the substantial, justifiable rights, which cannot be interpreted as there is a direct obligation of state to realize the social rights. (3) constitutional system dissent: given the constitutional system, judicial courts cannot apply the constitution directly to any specific cases.

Anyway, although there are a lot of objections on this topic, there are still arguments trying to justify the possibility of judicial remedy of constitutional rights against these three dissents above. However, they still cannot reach an agreement.

#### A. THE ARGUMENT OF COMPARATIVE LAW

---

<sup>12</sup> <http://www.mohrss.gov.cn/gkml/index3.htm>.

The first argument to support constitutional remedy of social rights is not to debate with these dissenting opinions, but based on a comparative research. For instance, a famous scholar on social rights, Prof. Gong argues that the practice of universal constitutionalism shows a trend of social rights protection and their constitutional judicial remedies. There are tremendous developments in different countries, which include three different approaches.

First, social rights are specified by the constitution and are prescribed as subjective rights, which means social rights could be claimed directly to a court, as German and South Africa did.<sup>13</sup>

Second, social rights are not prescribed by constitution but with a judicial review established, judicial remedies may be indirectly used to protect social rights depending on due process and equal protection appealed as USA did. The typical case of this approach is the case *Goldberg v. Kelly* (397 U.S.254 (1970)).

Third, the social rights are inferred from general principles, which prescribe the political and moral obligation of the state. It is necessary and possible to interpret these principles when realizing those political and moral requirements.<sup>14</sup>

Prof. Gong appreciated these judicial approaches to realize social rights; however, some scholars may have different evaluation of these judicial remedies as the first opposite idea listed above. For example, Prof. Nie argued that judicial remedy of social rights is not a wise choice. When people suggest judicial remedy of social rights, they indeed presuppose a smart judge, that judge behaves neutral to evaluation, the court is the ideal places to realize social rights, and each judgment could be effective. But all of these presupposing is wrong.<sup>15</sup> According to his research, based on the separation of powers, some American jurists insisted that the social rights, different from liberty, cannot be realized directly through judicial enforcement. And in Germany, the common

---

<sup>13</sup> The case cited and discussed in his article is *Numerus Clausus I*. BVerf. GE 33,303,1972.

<sup>14</sup> 龚向和：《社会权司法救济之宪政分析》，《现代法学》2005年第5期。

<sup>15</sup> 聂鑫：《宪法社会权及其司法救济——比较法的视角》，《法律科学》2009年第4期。

idea on constitutional court is to judge whether the law conform or violate the constitution, but not directly supply the judicial remedy to social rights. Although the direct judicial remedy was made by constitutional court, such as the case Grootboom in South Africa,<sup>16</sup> the government did not make any effective progress on the housing of the poverty indeed.<sup>17</sup>

Anyway, the arguments based on comparative law are not strong enough to justify or oppose constitutional remedy of social rights considering different legal traditions.

## B. THE ARGUMENT OF STATE OBLIGATIONS

As stated above, some scholars insisted that the social rights prescribed in our constitution are not those substantial, justifiable rights, which cannot be interpreted as there is a direct obligation of the state to realize social rights. Then citizens can not appeal to the court directly because of the special character of these constitutional provisions.<sup>18</sup> To clarify this idea, they stated that those directive norms should have three patterns: norms to empower, norms on “ought to do”, and norms on prohibition. But the social rights in general principles cannot give a clear direction on how to do. That means these provisions are the political claims and just prescribe the political or moral obligations, but not a real legal obligation, even in those provisions of substantial social rights.<sup>19</sup> They insisted that those rights can not be appealed directly to the judge, if the constitution does not prescribe specific obligations of the state.

For instance, the provision of article 42 of the constitution is as follows:

*(a)Citizens of the People's Republic of China have the right as well as the duty to work.*

---

<sup>16</sup> Government of the republic of South Africa and others v. Grootboom, 2001(1) SA 46(CC).

<sup>17</sup> 聂鑫：《宪法社会权及其司法救济——比较法的视角》，《法律科学》2009年第4期。

<sup>18</sup> 谢立斌：《宪法社会权的体系性保障——以中德比较为视角》，《浙江社会科学》2014年第5期。

<sup>19</sup> 薛小建：《论社会保障权的宪法基础》，《比较法研究》2010年第5期。

*(b) Through various channels, the State creates conditions for employment, enhances occupational safety and health, improves working conditions and, on the basis of expanded production, increases remuneration for work and welfare benefits.*

*(c) Work is a matter of honor for every citizen who is able to work. All working people in State-owned enterprises and in urban and rural economic collectives should approach their work as the masters of the country that they are. The State promotes socialist labor emulation, and commends and rewards model and advanced workers. The State encourages citizens to take part in voluntary labor.*

*(d) The State provides necessary vocational training for citizens before they are employed.*

Besides the dissenting opinion of judicial remedy stated above, although article 42(a) prescribes the right to work, it only states as “the state creates, enhances, improves, promotes, or increases the possibility of employment” in article 42 (b). It looks like the constitution already limits the way to protect the right to work and excludes the direct judicial remedy. Other provisions related to social rights are the same. For instance, in the article 45 of the constitution related to the right to survive, although people have the right of material assistance from the state and society when they are old, ill or disable, there is still no possibility of direct judicial remedy prescribed. Thus, they insisted that, it can conclude that the state does not have the duty to realize social rights of a single person based on a judicial claim and judgment. The state will develop social insurance, social relief and medical, health services to realize ordinary people’s rights. The state “helps” to make arrangements for the work, livelihood and education of the disabled. But all of these things depend on the enacting of legislation and administrative policy.

However, the thesis that some constitutional rights cannot be realized directly because the provisions are not suitable for judicial judgment may confront with some objections. For example, Prof. Zhao refuted whether the constitutional norms can be applied in judicial process does not depend on the characteristic of provisions but on the

necessity. Even the preamble of constitution could be used to justify the judgment in Case Goldberg v. Kelly, why cannot those substantial rights provisions work in judicial area? <sup>20</sup>

Prof. Huang suggested another argument for the justifiability of social rights, which is the levels of state's obligation to realize constitutional rights. From the point of his view, most people, when they were against justifiability of social rights, they always insist the difference between the liberty and social rights: the former means the negative obligation of the state, while the latter means the positive obligation of the state. But the protection of the liberty also needs the positive action of the state. The dualism between negative and positive is not sound enough to divide the right to liberty and social rights or define the way to protect these rights. He cited the arguments of Stephen Holmes and Cass R. Sunstein <sup>21</sup>to support that each constitutional rights costs a lot whatever it is negative or positive. Then, the more reasonable way is to differentiate levels of state obligations. He cited three levels of state obligations of Henry Shue<sup>22</sup> and Asbjorn Eide: the obligation to respect, to protect, and to fulfill. <sup>23</sup>That to respect means the state can make a big progress on protection of social rights without a big cost of tax at least. Then, although the state cannot realize the obligation to fulfill social rights entirely because of the limit of public finance, it still has the duty to respect and protect social rights.<sup>24</sup> And there is a very case happened to support his idea, which is the case "Wu Fen-Nue v. Municipal Engineering Administration Office of Chang-ning District, Shanghai", in 1996. In the judgment, the judge declared that Wu had the right to have retired pension refer to the right of social security prescribed in the article 44 of constitution. <sup>25</sup>In this case, the judge did not want to fulfill the right directly, but just demanded the employer respect Wu's right. At the level of to respect and to protect social rights, negative rights and

---

<sup>20</sup> 赵娟：《中国宪法的成文性质与司法适用》，法律出版社2015年版，第254页。

<sup>21</sup> The book he cited is: Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton & Company, 2000.

<sup>22</sup> The book he cited is: Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, second edition, Princeton University Press, 1996.

<sup>23</sup> The book he cited is Kitty Arambulo, *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Theoretical and Procedural Aspects*, Intersentia-Hart, 1999.

<sup>24</sup> 黄金荣：《司法保障人权的限度》，北京大学出版社2009年版，第366页。

<sup>25</sup> 上海市第一中级人民法院（1997）沪一中民终字第2531号。

positive rights are the similar. If the former could be claimed directly, the later could be, too

#### 4. THE ARGUMENT OF “VERFASSUNGSKONFORME AUSLEGUNG”

The third dissent of constitutional judicial remedy owes to the judicial self-restriction proposed by the People’s Supreme Court given our constitutional system, which is the most difficult to overcome.

There are two judicial interpretations(司法解释)<sup>26</sup> issued by the People’s Supreme Court that have deep influence on whether constitutional norms can be stated in judgment as direct legal reasons. The first one is the reply to the High Court of Xinjiang Uygur Autonomous Region made in 1955.<sup>27</sup>In that reply, Supreme Court said that the constitution was not a good reason to settle the disputes on crime and penalty in criminal lawsuits. It was obviously that constitutional norms were not good reasons to deal with criminal cases do not mean they could not be applied directly in judgment as reasons. Then, there would be the second reply, which made by Supreme Court in 1986.<sup>28</sup> The People’s Supreme Court listed all possible legal norms judges could apply to justify a judgment, in which constitutional norms were not included.

In fact, Supreme Court did not express clearly that judges could not use constitutional norms as direct reasons to make a judgment. And judges still use constitutional norms to make a judgment sometimes when there are no suitable legal norms in some cases. For instance, in the case “Wang Yu-lun and Li Er-xian v. Vegetable Village Committee”, the judge declared that, the convention, based on which the

---

<sup>26</sup> This Judicial Interpretation is very special interpretation that is only made by the supreme court of China. According to the empowerment of standing committee of people’s congress in 1981, the Supreme Court was empowered to promulgate those judicial interpretations, which have formal validity each court shall obey. The judicial interpretation may be a restatement of legal rules, a formal reply to local courts on special cases, some decisions, and guiding cases.

<sup>27</sup> 1955年7月30日最高人民法院研字第11298号对当时的新疆省高级人民法院曾经作过一个批复。

<sup>28</sup> 法（研）复 [1986] 31号。

Vegetable village committee refused to give equal profit of the land, has infringed the right of equality of women referring to the article 33 of the constitution.<sup>29</sup>

Although there are some cases, in which the constitutional norms were used as the judicial reasons, anyway, the Supreme Court did not confirm this judicial remedy openly and officially. The reason why the People's Supreme Court insisted its self-restriction is not because the constitution is too abstract to clarify a certain meaning of substantial rights, but the constitutional system. The article 67 of constitution prescribes that only the standing committee of people's congress has the power to interpret the constitution. Therefore, Supreme Court of China does not have the power to interpret the meaning of constitutional norms along with judgments. To understand and to interpret constitutional norms are always necessary in judicial process, and although to interpret constitutional norms does not logically mean the constitutional review or quasi-legislation of judges, there still is a political danger of expanding the power of courts.

In the case "Qi Yu-Ling", the famous case once named as the first case of constitutional rights,<sup>30</sup> a tiny step indeed made as a reply to the case by the People's Supreme Court, abolished without sufficient reasons finally in 2008. In the judgment of this case, the judge wrote that the defendant infringed the constitutional right to be educated by the way of infringing the right of name, which is a sort of civil rights. In fact, it was even not a real interpretation of constitutional right. Around 2008, along with the failure of case Qi Yu-Ling, in Chinese constitutional legal theory, there boomed another effort to promote the possibility of judicial remedy of constitutional rights by the way of German "Verfassungskonforme Auslegung".

---

<sup>29</sup> 新津县人民法院（1995）新民初字第118号民事判决书。

<sup>30</sup> 法释（2001）25号，最高人民法院2001年作出《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》。

Scholars divided different meanings of constitutional interpretation to avoid the risk of constitutional review and the political risk of expanding judicial branch.<sup>31</sup> In their words, the constitutional interpretation is a way to help to justify the interpretation of legal norms. But anyway, *Verfassungskonforme Auslegung*, when it just narrows itself as a reason to justify the interpretation of legal norms, will lose its real meaning in the scope of constitutional review.<sup>32</sup> That is clear, so the thing left is to make a decision, where the different opinions among scholars still exist, whether or not to neglect this possible meaning, constitutional review, intentionally. That is a tactical choice based on different judgments on the constitutional justificatory fate given contemporary political-legal structure.

#### 4. PRACTICAL JUDICIAL REMEDY OF SPECIFIC LEGAL RIGHTS

Although in academic area, there are at least three arguments to support the judicial remedy of constitutional positive rights as stated above, constitutional remedy of social rights still is not a common sense, and the Chinese courts still incline to keep the self-restriction and avoid the political risk.

But it does not mean there are no any other judicial approaches to protect social rights. Social rights are prescribed in legal codes and administrative orders, which give judges enough reasons to make a decision. Therefore, although there are adversarial opinions on the justifiability of constitutional social rights, there exist some cases

---

<sup>31</sup> 张翔：《两种宪法案件——从合宪性解释看宪法对司法的可能影响》，《中国法学》2008年第4期；上官丕亮：《当下中国宪法司法化的路径与方法》，《现代法学》2008年第2期；王书成：《论合宪性解释方法》，《法学研究》2012年第5期；蔡琳：《合宪性解释及其解释规则——兼与张翔博士商榷》，《浙江社会科学》2009年第10期；黄卉：《合宪性解释及其理论检讨》，《中国法学》2014年第1期。

<sup>32</sup> 黄卉：《合宪性解释及其理论检讨》，《中国法学》2014年第1期；柳建龙：《合宪性解释的本相与争论》，《清华法学》2011年第5期；王书成：《论合宪性解释方法》，《法学研究》2012年第5期。

appealing with a supplementary of constitutional rights as follows. They are mostly administrative cases.

According to the research on cases in this area, the most popular approaches are as follows.

### A. Claim to anti-discrimination

The most severe dilemma of social rights protection in China nowadays is the problem of unfairness depending on different social status. Then the unfair treatment is a first and urgent reason to ask for judicial remedy.

Unfairness happens in several aspects, urban and rural, male and female, able and disable, etc. There might be different understandings of unfairness or inequality. Some even tend to be the extreme. For example, some scholars argued that the name of “Law on Protection of women and children of the People’s Republic of China” (1992) confers that women and children are both disadvantage groups in Chinese society. They said that the more important thing is to commit the right of women, but not just focus on some special interests of the disadvantaged; that the law focuses on women’s interests presupposes women shall be in charge of the family work and need compensation of others but not have the same social status and rights as men in society.<sup>33</sup>

The first typical case on anti-discrimination is “Jiang Tao v. Chengdu Branch of Chinese People’s Bank” in 2001.<sup>34</sup> The recruitment advertisement of Chengdu Branch of Chinese People’s Bank claimed that the height of the man they wanted to hire should be over 168cm; the height of woman should be over 155cm. Jiang Tao appealed to the court and argued that the recruitment had infringed the right of equality of constitution, which also meant the invasion of the right to work. And he did win the lawsuit. Although the case confronted the critiques on whether it is necessary to ask for the protection based

---

<sup>33</sup> 黄金荣主编：《<经济、社会、文化权利国际公约>国内实施读本》，北京大学出版社2011年版，第32-33页。

<sup>34</sup> 四川省成都市武侯区人民法院（2002）武侯行初字第3号。

on labor law with a justification through an interpretation of related constitutional norms,<sup>35</sup> the case is still treated as the first case claiming for constitutional equality.

However, the appropriate legal meaning of equality is not clear enough to make a judgment for judges, so some scholars began to use “anti-discrimination” to classify those cases from 2006.<sup>36</sup> According to Prof. Zhou, a specialist on anti-discrimination cases, discrimination means the unlawful and unjustified effect that confers privileges on specific group members or individuals that differentiates, denies, or limits privileges to specific group members or individuals. If a differentiation is justified and lawful, it is not a sort of discrimination but a reasonable differentiation approved by law.<sup>37</sup>

The anti-discrimination cases in administrative lawsuits present a big progress on judicial remedy of social rights. Ever since the first typical case happened, according to a research on anti-discrimination cases in 2013, there are 116 important cases at least.<sup>38</sup> For instance, in a judgment happened in Wuhan in 2004, the judge declared that the defendant claimed that there was not any obligation to supply social insurance for peasant-workers, was a sort of discrimination to a special group.<sup>39</sup>

The reason why anti-discrimination cases became more and more popular nowadays may be that laws prescribed fairness and anti-discrimination clauses. For instance, in the chapter of fair employment of the Employment Promotion Act (2008), there are five different sorts of discrimination related to women’s right, all ethnic groups, the disabled, the sick person, rural workers. It prescribes the fairness clearly and detailed as the article 30:

---

<sup>35</sup> The employee in people’s bank is not a normal worker regulated by labor law. But in this case, the complaint appealed to the court referring to the labor law first.

<sup>36</sup> 李成：《平等权的司法保护——基于116件反歧视诉讼裁判文书的评析与总结》，《华东政法大学学报》2013年第4期。

<sup>37</sup> 周伟：《论禁止歧视》，《现代法学》2006年第5期。

<sup>38</sup> Because there is not full database of judgments, the research focused on the cases published by Supreme Court of China and cases collected by the judgments database sponsored by Peking University. 李成：《平等权的司法保护——基于116件反歧视诉讼裁判文书的评析与总结》，《华东政法大学学报》2013年第4期。

<sup>39</sup> 胡敏洁：《转型时期的福利权实现路径——源于宪法规范与实践的考察》，《中国法学》2008年第6期。

*“When an employing unit recruits a person, it shall not use as a pretext that he is a pathogen carrier of an infectious disease to refuse to employ him. However, before a pathogen carrier of an infectious disease is confirmed upon medical test that he is cured or before the suspicion that the disease is infections is expelled, he shall not take up the kind of jobs which may easily cause the disease to spread and which a person is prohibited from taking up by laws and administrative regulations and by the administrative department of health under the State Council.”*

But not all of unfairness could have effective judicial remedy especially because of the social structure and historical influence. For example, the cases related to the unfair treatments between the urban and rural people are not suitable for judges to make a decision. Since 1958 when household registration system (i.e. Hu-kou System) was implemented, Chinese people began to be labeled as “rural” or “urban” officially. But in fact, we even could find the legal gap between urban and rural earlier. In the first Constitution (1954), there were four provisions ensuring sorts of social rights, which included the right to work (article 91), the right to rest (article 92), the right of social security (article 93, which included social welfare, medical care and retire pension), and the right of education (article 94).<sup>40</sup> The right to rest and social security only belonged to workers. The “worker” only meant those people lived in urban and mostly worked in state-owned enterprises at that time.<sup>41</sup> It is clearly there was a big gap of social rights between workers and non-workers, which mostly lived in the rural places.

Besides, the status of social welfare was also not equal among different urban people, which depended on different “Dan-wei” they worked for. And social welfare of different Dan-wei was even prescribed in different legal rules and policies.

---

<sup>40</sup> 凌维慈：《比较法视野中的八二宪法社会权条款》，《华东政法大学学报》2012年第6期（总第85期），第102页。

<sup>41</sup> In urban, the people who could enjoy social rights which cover workers, their family members and those elder or juniors who had not any financial supports. But the rural people had different fate. The difference between the urban and rural people on social welfare is tremendous. During the period of planning economic policy, urban people enjoyed the policy of full-employment, who enjoyed the profits of the policy and social welfare more or less with the support of public finance of state; but the rural people, whose social welfare only depended on the production of collective agricultural economic organization.

Since 1990s, Chinese government began to promote the reform on extensive coverage of social welfare based on the public finance support and the influence of ICESCR. That did make a big progress. Until now, the comprehensive coverage of social security for all populations has been realized, which includes basic old-age pensions, basic medical care and the minimum living standard scheme.<sup>42</sup> Free compulsory education has been realized referring to the law and policy.<sup>43</sup>

This is the progress of legislation. But in judicial area, the remedy is not so easy to be urged further.

For instance, some retired workers from enterprises in Shenzhen once appealed to the court to argue for the fair treatment of retire pension in 1995. They did not have the same “special district weighting” and “ reserved allowance”(保留津贴) as other retired persons from governmental agencies. Besides, they did not have living subsidies (生活补贴), but those retired from governmental agencies had. At first, they appealed to the social security bureau of Shenzhen, without any reply, they then appealed to the local court. The court made an order to let the social security bureau make a reply in six months. The social security bureau made a reply, in which they refused to pay that money claimed. And finally the court refused to support the appeal of those retired workers according to different policy of retire pension based on different jobs.<sup>44</sup>

In a word, those cases related to social rights mostly were anti-discrimination claims, but rarely on the positive duty of the state to fulfill social rights with diligence.

## B. Claim to due process

---

<sup>42</sup> Huang Jingrong, “A Comment on the ESCR Committee’s Consideration of the Second Chinese Report”, *The Journal of Human Rights*, vol. 14, No. 1. 2015, Pp.87-88.

<sup>43</sup> 国发【2005】43号, 国务院关于深化农村义务教育经费保障机制改革的通知, 2006年西部地区义务教育免除学杂费, 2007年中部地区和东部地区农村义务教育阶段免除学杂费。

<sup>44</sup> 广东深圳市中级人民法院行政判决书, (2000)深中法行初字第65-92、94-119、121号。《广东省高级人民法院行政判决书》(2001)粤高法行终字第171-226号。

In addition to the anti-discrimination cases, there are several cases appealed referring to the administrative litigation law, especially in those cases, where the complaint asks for social insurance or other social assistance, and the administrative agencies did not obey the rule of due process prescribed in administrative litigation law.

There is a typical case discussed popularly in academic area:

In the case “Mr. Liu v. Weihai Road sub-district office” on applying for minimum standard of living in 2002, the sub-district office of civil administration department did not make any research on economical status of Mr.Liu’s family before refusing the application. The court declared that the sub-district office should make a thorough investigation of economical status of Mr.Liu’s family before refusing the application according to due process administrative litigation law prescribes.<sup>45</sup>

### C. Claim against administrative omissions

The typical case about administrative omission is the case “Wu Fen-Nue v. municipal engineering administration office of Chang-ning district, Shanghai” introduced briefly above.

Wu Fen-Nue was an employee in the municipal engineering administration office and retired in 1982. In 1989, she was sentenced to imprisonment for seven years for fraud. The defendant decided to fire Wu and began to stop paying the retire pension from 1991. After Wu was released in 1996, she appealed to the court because the defendant refused to recover the retire pension. The judge declared that Wu should have the right to enjoy the retire pension according to the article 44 of constitution and article 3 of the labor law after she was released.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> 朱建奎、孙洪辉：《一桩“低保”诉讼案》，《中国民政》2003年第5期，第38页。

<sup>46</sup> (1997) 沪一中民终字第2531号。

## 5. CONCLUSION

From the discussed above, it is clear that the main means to protect social rights relies on the legislation and state social policy in nowadays China. Because it is impossible to realize social rights by a way of constitutional lawsuits, the administrative lawsuits especially on anti-discrimination play an effective role to realize social rights. Therefore, some scholars suggested that the future of anti-discrimination cases should promote the standard of disparate impact originated from American constitutional cases. If a law or a policy do not embody an overwhelming public interest and cause the severe negative effect on the disadvantaged group, the law or the policy should be abolished. But clearly it may need a progress of the constitutional review in the future.

**AVANÇOS E  
RETROCESSOS SOBRE  
O CONTROLE DE  
CONVENCIONALIDADE  
DE NA ORDEM  
JURÍDICA  
BRASILEIRA: UMA  
ANÁLISE DO  
POSICIONAMENTO  
DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA**  
SIDNEY GUERRA<sup>1</sup>

**RESUMO:** , o presente artigo se propõe a apresentar algumas questões do Controle de Convencionalidade no plano interno para na sequência analisar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria em dois recentes casos

**PALAVRA-CHAVE:** Controle de Convencionalidade, Superior Tribunal de Justiça, Brasil

**ABSTRACT:** This paper broaches the conventionality control in the Brazilian High Court of Justice in recente caselaw.

**KEYWORD:** Conventionalitu controle, High Court of Justicer

## 1. INTRODUÇÃO

O direito internacional contemporâneo já não tem apenas a função clássica de regular as relações entre os Estados soberanos, mas procura atuar no desenvolvimento da sociedade internacional, que contempla vários novos atores, inclusive com a própria inserção do indivíduo no campo internacional.

Não por acaso é que nos dias atuais há um grande envolvimento da ordem jurídica internacional e a interna<sup>1</sup>, de modo que tem-se utilizado bastante normas e atos provenientes do sistema jurídico internacional.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; Pós-Doutor pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor e Mestre em Direito. Professor Associado da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor

Titular da Universidade do Grande Rio e Professor Adjunto da Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio. Presidente do Instituto Brasileiro Pacificador (IBP). Advogado. Contato: sidneyguerra@terra.com.br

<sup>1</sup> RIDRUEJO, Jose A. Pastor. *Curso de derecho internacional público y organizaciones*

O controle de convencionalidade<sup>2</sup> aplicado no plano interno serve como instrumento para garantir aplicação mais qualificada não só das normas jurídicas e demais espécies normativas produzidas no sistema doméstico, mas também das decisões emanadas de tribunais internacionais de direitos humanos.

Este tipo de controle vem sendo utilizado no Brasil, de maneira ainda muito tímida, mas que tem sido propagado por vários estudiosos<sup>3</sup>, ensejando uma mudança gradativa na análise, principalmente dos tribunais, sobre os tratados de direitos humanos que a República Federativa do Brasil seja parte.

Neste sentido, o presente artigo se propõe a apresentar algumas questões do Controle de Convencionalidade no plano interno para na sequência analisar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria em dois recentes casos.

## 2. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO PLANO INTERNO

O controle de convencionalidade em sede nacional<sup>4</sup> ocorre quando aplica-se a Convenção Americana de Direitos Humanos ou normas de direitos humanos incluídas em tratados internacionais ao bloco de constitucionalidade ao invés de utilizar o direito interno, mediante um exame de confrontação normativo (material) em um caso concreto e elabora uma sentença judicial que proteja os direitos da pessoa humana. Neste caso, corresponde ao

---

*internacionales*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 166: “El derecho internacional contemporáneo ya no tiene únicamente la función clásica de regular las relaciones entre Estados y distribuir las competencias entre ellos, sino que, tiende además al desarrollo de los pueblos e individuos, lo cual exige una cooperación em muchas materias que antes asumían exclusivamente los Estados y se regulaban por los derechos internos. Ya dijimos en este orden de ideas que la interdependência inherente a la civilización comporta un aumento progresivo del contenido del derecho internacional a costa del de los derechos internos.”

<sup>2</sup> A propósito, vide GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>3</sup> A exemplo de Sidney Guerra, Valério Mazzuoli, Thiago Oliveira e outros

<sup>4</sup> La Corte IDH ha puesto de relieve la importancia de la realización del control de convencionalidad en el ámbito interno para evitar que los Estados incurran en responsabilidad internacional, considerando que ellos son los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH ha destacado la subsidiariedad del sistema internacional (en lo contencioso) y ha dado cuenta de la progresiva incorporación del control por parte de la jurisprudencia constitucional comparada. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

controle de caráter difuso, em que cada juiz aplica este controle de acordo com o caso concreto que será analisado.<sup>5</sup>

Isso se dá na esfera interna (controle de convencionalidade)<sup>6</sup> por intermédio da atuação dos tribunais e juízes internos que terão a competência de aplicar a Convenção em detrimento da legislação interna, em um caso concreto, a fim de proteger direitos mais benéficos à pessoa humana.

---

<sup>5</sup> *Ib idem*, p. 47: “Se trata de un examen de confrontación normativo (material) del derecho interno con la norma internacional, alrededor de unos hechos – acción u omisión – internacionalmente ilícitos. La confrontación es una técnica jurídica que se denomina control y tiene por objeto asegurar y hacer efectiva la supremacía de la Convención Americana. En otros términos, preservar la prioridad y primacía del derecho internacional, respecto del derecho interno, incluida en este la propia Constitución del Estado.”

<sup>6</sup> A nivel de los ordenamientos jurídicos nacionales, la Constitución de México establece que se incorporarán las normas de derechos humanos incluidas en tratados internacionales al bloque de constitucionalidad, otorgándoles jerarquía constitucional a las normas de Derechos Humanos incluidas en tratados internacionales (artículo 1). En la resolución del expediente Varios 912/2010 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar el trámite a la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco Vs. México, aquella determinó la obligación *ex officio* para los jueces mexicanos, quienes deberán fundar y motivar sus resoluciones, considerando tratados internacionales y asimismo, ordenó la transición a un sistema de control constitucional difuso, que incorporó a la justicia ordinaria a la dinámica de protección de derechos humanos definidos en los instrumentos internacionales. En dicha Resolución se señaló que los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados; no obstante, están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores, dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia. Asimismo se observan importantes desarrollos jurisprudenciales al respecto en otros países de la región. En el caso de Colombia, el artículo 94 de la Constitución Política da sustento al control de convencionalidad. En la Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional, el Tribunal determinó que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, derivándose “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”. Disponível em [https://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/mcourt/registration/documents/2012\\_\\_bench\\_\\_memorandum.es.pdf?rd=1](https://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/mcourt/registration/documents/2012__bench__memorandum.es.pdf?rd=1)

Indubitavelmente se por um lado os juízes de primeiro grau e os tribunais estão submetidos ao império da lei estatal<sup>7</sup>, por outro também não se pode olvidar que um tratado internacional quando ratificado pelo Estado é incorporado à ordem jurídica interna.<sup>8</sup>

A Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, de 1969, estabelece que Tratado é um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos qualquer que seja a sua designação específica.

---

<sup>7</sup> CANTOR, Ernesto Rey. *Control de conveniconalidad de las leyes y derechos humanos*. México, D.F.: Porruá, 2008, p. 48 “La Corte es conciente que lós jueces y tribunales internos están sujetos al império de la ley, y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado há ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, ló que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leys contrarias a su objeto y fin, y desde um inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una espécie de Control de Convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican em lós casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

<sup>8</sup> Vide a propósito o caso República Federativa do Brasil x Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) onde destaca-se duas passagens da sentença datada de 24 de novembro de 2010: “176. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. 177. No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno<sup>89</sup>”. (grifei). Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id\\_Pais=7](http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=7). Acesso em 10/04/2017

Como assinalado em outra oportunidade<sup>9</sup>, para a celebração dos tratados internacionais devem ser observadas algumas fases em seu processo de elaboração: negociação, elaboração do texto, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro. Não tendo aqui a pretensão de retomar a discussão, mas apenas de enfatizar a importância da ratificação quanto as etapas para elaboração dos tratados internacionais, imperioso destacar que ela (ratificação) torna o tratado obrigatório internacionalmente por se tratar de ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que dá a este projeto e o que faz doravante um tratado obrigatório para o estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais.<sup>10</sup>

Ao ratificar um tratado internacional de direitos humanos o Estado se vincula ao mesmo. Assim, é dever do Estado garantir mecanismos no plano interno que estejam afinados com as normas internacionais, que passam a fazer parte do ordenamento jurídico interno do Estado. Mazzuoli, ao estudar o tema, lembra que:

“os direitos humanos constitui a meta da sociedade internacional e da cultura jurídica contemporâneas e que sua implementação prática, pelos diversos Estados que ratificam seus instrumentos de proteção, ainda carece de maior efetividade, notadamente no que tange às soluções das antinomias que decorrem das incompatibilidades da ordem jurídica interna com os mandamentos convencionais (tanto do sistema global, como dos sistemas regionais) de que o Estado é parte.”<sup>11</sup>

A melhor solução jurídica para atender a este desafio, segundo ele<sup>12</sup>, foi proposta por Lima Marques que se baseia no diálogo das fontes, cujos alicerces encontram-se nos estudos

---

<sup>9</sup> GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, cap. III.

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

<sup>12</sup> Idem, p. 106: “O que se pretende frisar aqui é que os direitos humanos encontram proteção de diversos contextos (sistemas de proteção) e em diversos instrumentos (mecanismos de proteção). Portanto, os direitos humanos, na pós-modernidade, têm proteção plural. E onde há pluralidade há conflitos. Assim, a existência dessa diversidade de fontes normativas está a requerer soluções para os conflitos advindos das suas relações entre si. A proposta de Erik Jayme é no sentido de que as fontes do direito devam ser coordenadas, ao invés de se optar por uma em detrimento de outra. Tal concepção se aplica perfeitamente aos tratados internacionais de direitos humanos, os quais já contêm cláusulas de comunicação de normas mais protetoras, garantindo a aplicação da norma mais benéfica ao ser humano, em atenção ao princípio internacional *pro homine*.”

de Erik Jayme. Trata-se de coordenar a incidência de normas que possibilitem ao juiz aplicar, no caso concreto, a solução jurídica mais favorável à pessoa humana. Em verdade este estudo não é novo; ao contrário, a doutrina e a jurisprudência nacional adotou este entendimento em várias circunstâncias. Neste sentido, vale trazer à colação o magistério de Trindade que advertiu que:

“no presente domínio de proteção, não mais há pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno, como ocorria na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquela interagem em benefício dos seres protegidos.”<sup>13</sup>

Sem embargo, ao serem incorporadas normas jurídicas internacionais ao ordenamento jurídico interno desafios serão impostos para sanar o conflito que uma norma poderá apresentar em relação à outra. Neste estudo em que o controle de convencionalidade das normas protetivas dos direitos humanos adquirem *locus* privilegiado e levando em consideração o diálogo das fontes, o profissional do direito não é obrigado a indicar apenas um fundamento normativo para tutelar direitos em favor do indivíduo sendo portanto, possível utilizar mais de uma norma (interna ou internacional) possibilitando o diálogo entre as mesmas, com o intuito de alcançar o resultado mais adequado em benefício dos interesses da pessoa humana.

---

<sup>13</sup> Em se tratando do sistema americano de proteção dos direitos humanos, TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1997, p. 434 e 435 afirma: “Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que proíbe a interpretação de qualquer de suas disposições no sentido de limitar o gozo e exercício de quaisquer direitos que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados partes ou de acordo com outra convenção em que seja Parte um dos referidos Estados (artigo 29 b); proíbe, ademais, a interpretação de qualquer de suas disposições no sentido de excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza (artigo 29 d). Da mesma forma, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) determina que não poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes em um Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau.”

Impende assinalar que o entendimento relativo ao diálogo das fontes serve para aclarar aspectos relativos ao controle de convencionalidade.<sup>14</sup> Neste sentido, Mazzuoli<sup>15</sup> assevera que o conceito de diálogo das fontes é a peça-chave para o controle de convencionalidade e sustenta que há duas formas de coordenar normas internacionais com legislação interna: por intermédio dos diálogos horizontais e também por diálogos verticais entre as fontes.

Em linhas gerais<sup>16</sup>, os diálogos horizontais são aqueles em que o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno brasileiro guardam relação de complementaridade ou de integração. Assim, há a possibilidade de uma norma internacional apresentar princípios muito semelhantes com uma norma interna, podendo haver, neste caso, uma complementaridade entre elas. Ou seja, ao aplicá-las em um determinado caso concreto, há possibilidade de coordená-las de acordo com o interesse mais favorável à pessoa humana, sem haver necessidade de escolher uma norma em detrimento da outra. Também há casos em que os diálogos horizontais possibilitarão a supressão de lacunas no direito interno, evocando-se uma norma internacional a fim de garantir a tutela de um direito não regulamentado por lei interna, passando a integrá-la.<sup>17</sup>

No caso dos chamados diálogos verticais, evidencia-se que são mais complexos por haver uma aparente rivalidade entre a norma internacional e a norma interna. Seja porque o ordenamento interno é omissivo na tutela de um determinado direito consagrado em norma

---

<sup>14</sup> CANTOR, Ernesto Rey, op. cit., p. 161: “(...) Es aquí donde el operador jurídico y, em especial, el juez nacional adquiere cierto protagonismo como juez internacional de derechos humanos, es decir, que el juez ordinario actúa como juez internacional al aplicar el tratado, porque activa el Control de Convencionalidad em sede interna. (...) este es el Control de Convencionalidad en sede interna con los siguientes alcances. Es una especie de Control de Convencionalidad difuso, porque cualquier juez podrá acudir a esta forma de control, por ser el juez llamado a aplicar o inaplicar la ley, en el caso concreto. La inaplicación de la ley interna que efectúa el juez, por mérito de una providencia judicial, produce efectos interpartes, esto es, solo entre las partes que intervienen em el caso concreto.”

<sup>15</sup> Vide MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit., p. 129: “(...) modelo para as soluções das antinomias entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o direito interno brasileiro, afastando os métodos tradicionalmente utilizados, quando em cena um direito humano fundamental ou um direito internacionalmente reconhecido. (...) o estudo desse novo método de solução de antinomias levará também à teoria do controle de convencionalidade das normas de direito interno.”

<sup>16</sup> Idem, p. 154

<sup>17</sup> Ib idem, p. 154 e 155: “Os diálogos horizontais podem se dar de duas maneiras: a) quando a norma de direito constitucional é mera repetição de um direito que já vem expresso em tratado internacional, caso em que, inegavelmente, o valor extrínseco da norma convencional será o de norma materialmente constitucional, possuindo o poder de revogar todas as disposições internas em contrário; ou b) quando a norma internacional vem a suprir lacunas existentes tanto na Constituição como em leis infraconstitucionais. O primeiro caso denomina-se diálogo de complementaridade e o segundo, diálogo de integração.”

internacional ou porque tal ordenamento proíbe expressamente a tutela de um direito garantido na legislação alienígena. Nos casos em que a legislação interna é omissa na tutela de algum direito, o diálogo de verticalidade promoverá a inserção da norma internacional para compor nosso ordenamento jurídico, garantindo o cumprimento dos compromissos estabelecidos no tratado ratificado pelo país. Quando o direito interno dispõe de norma que viola frontalmente algum preceito normativo presente em tratado internacional ratificado pelo país, não há obrigatoriedade em revogar norma interna em prol da aplicação absoluta da norma internacional.<sup>18</sup>

Feitas estas breves considerações sobre o diálogo das fontes, deve-se retomar a discussão acerca do controle de convencionalidade. Portanto, imperioso lembrar que ao ocorrer um conflito entre uma norma de direito internacional e uma norma infraconstitucional, os tribunais e os juízes nacionais poderão aplicar dois tipos de controles: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade, que poderá ser realizado tanto pela via difusa quanto pela via concentrada.

Assim, a norma interna de natureza infraconstitucional terá validade se conseguir passar por estes dois dispositivos de controle: o primeiro tem a finalidade de verificar se a lei infraconstitucional é compatível com a Constituição e o segundo serve para averiguar se há violação de direitos consagrados em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país.<sup>19</sup>

Complementando o asserto<sup>20</sup>, evidencia-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados de direitos humanos

---

<sup>18</sup> *Ib idem*, p. 165: “Os diálogos verticais são aqueles em que se presencia uma conversa mais direta – e, poderíamos dizer, mais agressiva – entre as fontes, a fim de resolver o problema das antinomias. Neste caso, temos também duas situações: a) ou a norma internacional dispõe sobre direito não expressamente consagrado na órbita constitucional, o que irá gerar sua inclusão no rol dos direitos constitucionalmente assegurados; b) a norma internacional entra em choque frontal com uma disposição constitucional, consagrando direito que vem disciplinado de modo diverso pela Constituição. Ao primeiro caso, chama-se diálogo de inserção e ao segundo, diálogo de transigência.

<sup>19</sup> *Ib idem*, p. 208: “A compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no País faz-se por meio do controle de convencionalidade, que é complementar e coadjuvante (jamais subsidiário) do conhecido controle de constitucionalidade. O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies leis vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado em vigor no território nacional.”

<sup>20</sup> *Ib idem*, 208 a 210: “O controle de convencionalidade concentrado ou abstrato seria possível quando o confronto normativo se der entre norma interna e tratado de direitos humanos aprovado por rito qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, uma vez que estes tratados são equiparados a emendas constitucionais.

aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Ou seja, não somente os tribunais internacionais devem realizar este tipo de controle, mas também os tribunais internos. O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico garante a legitimidade dos controles de convencionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público.<sup>21</sup>

---

Este novo status jurídico dado às normas internacionais teve início com a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004. Para os demais tratados ratificados pelo Brasil (de direitos humanos ou comuns), os tribunais internos deverão aplicar o controle normativo pela via difusa ou concreta.”

<sup>21</sup> Destaca-se, a propósito, o Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, como se vê:

“La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”.

(...)Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.

(...)Es decir, si bien el Sistema tiene dos órganos “competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención” la Corte solo puede “conocer un caso” cuando se han “agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50” de dicho instrumento, sea el procedimiento de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana. De tal modo, solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención en ejercicio efectivo del control de convencionalidad, entonces el caso puede llegar ante el Sistema, en cuyo caso debería resolverse ante la Comisión y, solamente si las recomendaciones de ésta no han sido cumplidas, el caso podría llegar ante la Corte. De tal manera, el funcionamiento lógico y adecuado del Sistema Interamericano de Derechos Humanos implica que, en tanto “sistema”, las partes deben presentar sus posiciones e información sobre los hechos en forma coherente y de acuerdo con los principios de buena fe y seguridad jurídica, de modo que permitan a las otras partes y a los órganos interamericanos una adecuada sustanciación de los casos. La posición asumida por el Estado en el procedimiento ante la Comisión determina también en gran medida la posición de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, lo que llega a afectar el curso del procedimiento.

Assim sendo, evidencia-se que o controle de convencionalidade doméstico consiste numa sindicância de compatibilidade entre o direito estatal e o internacional dos direitos humanos<sup>22</sup>, que irão trazer vários desdobramentos para a ordem jurídica estatal. Eis o ponto agora a ser abordado, *in casu* o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

### 3 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Em recente artigo, produzido em parceria com o Prof. Thiago Oliveira Moreira<sup>23</sup>, apresentamos a decisão proferida em 15 de dezembro de 2016, pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que ao julgar o Recurso Especial (REsp.) nº 1.640.084-SP, adotou por decisão unânime, o entendimento do Min. Ribeiro Dantas (Relator), no sentido de que o crime de desacato é inconveniente.<sup>24</sup>

Naquela oportunidade destacamos que a decisão acima referenciada era um exemplo claro de exercício do controle de convencionalidade por parte do Superior Tribunal de Justiça

---

<sup>22</sup> GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. Contornos atuais do controle de convencionalidade doméstico. *Los desafíos jurídicos a la gobernanza global: una perspectiva para los próximos siglos*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2017, v. 1, p. 67-77: “Partindo desse conceito básico, torna-se necessário esclarecer algumas questões: primeiro, dito controle possui a natureza de “garantia”, ou seja, trata-se de um instrumento à serviço da proteção dos direitos humanos internacionalmente consagrados; segundo, seu resultado não necessariamente irá definir que uma norma internacional seja prevalente em determinado caso, pois, os direitos fundamentais previstos na ordem jurídica interna, caso eles sejam mais favoráveis a tutela da pessoa humana (princípio *pro persona*), devem ter primazia. Portanto, o exercício do controle de convencionalidade independe da hierarquia que o Estado atribui as normas internacionais em matéria de direitos humanos; terceiro, quaisquer normas estatais, incluindo as constitucionais e decisões judiciais, estão sujeitas ao controle de convencionalidade doméstico. Desse modo, leis em abstrato e até mesmo omissões legislativas podem ser objeto do citado controle; quarto, o bloco de convencionalidade doméstico é mais amplo que o interamericano, uma vez que composto também pelas normas emanadas do sistema onusiano; quinto, segundo o atual entendimento da Corte IDH (que já mudou inúmeras vezes), compete a todos os órgãos e poderes do Estado exercerem o controle de convencionalidade; sexto e último, já que são breves aspectos, os efeitos da declaração de inconveniente dependem do órgão que a proclamou. Em sede de jurisdição constitucional, haverá invalidação da norma estatal com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*. Se por outros órgãos dotados de jurisdição, *inter partes*. Por fim, se realizado por autoridades sem jurisdição (controle fraco), não há que se falar em invalidação, mas sim em interpretação conforme, ou seja, afasta-se somente a interpretação incompatível.”

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Vide também à propósito MOREIRA, Thiago Oliveira. *O Exercício do Controle de Convencionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça: uma breve análise do voto do Min. Ribeiro Dantas*. Revista FIDES, 15 ed., v. 8, n. 1. Natal: 2017, pg. 99 – 103.

e do reconhecimento do dever de aplicação qualificada dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Judiciário brasileiro.

Ao analisar o caso, evidenciou-se que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo havia condenado um indivíduo pela prática do delito de desacato (art. 331 do Código Penal). O recorrente alegou que a previsão normativa do crime de desacato na ordem jurídica interna viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos e, portanto, o fato seria atípico e o crime não existiria.

O Ministério Público Federal emitiu parecer favorável em relação ao argumento da incompatibilidade do delito de desacato quanto ao art. 13 da referida norma internacional e fundamentou seu entendimento com fulcro em manifestação esposada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos que consubstancia a prevalência da Convenção Americana de Direitos Humanos em caso de “colisão” com o direito interno e no reconhecimento do status supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos.

Enfatizamos que o Ministro Relator<sup>25</sup>, para robustecer seu entendimento, que ao final sagrou-se vitorioso, levou em consideração que os artigos iniciais da CADH estabelecem a obrigação de respeitar os direitos, bem como o dever de adotar as disposições de direito interno, destacando que incumbe ao Estado adotar medidas legislativas ou de outra natureza para solucionar eventuais antinomias normativas, além de tornar efetivos os direitos e liberdades consagrados no Sistema Interamericano. Lembrou ainda que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal reconheceram o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, que a hipótese de conflito entre norma interna e a CADH

---

<sup>25</sup> Quinta Turma descriminaliza desacato a autoridade. Disponível em [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quinta-Turma-descriminaliza-desacato-a-autoridade](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quinta-Turma-descriminaliza-desacato-a-autoridade): Ao apresentar seu voto, o ministro Ribeiro Dantas destacou que a decisão não invade o controle de constitucionalidade reservado ao STF, já que se trata de adequação de norma legal brasileira a um tratado internacional, o que pode ser feito na análise de um recurso especial, a exemplo do que ocorreu no julgamento da Quinta Turma. “O controle de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade, uma vez que a posição supralegal do tratado de direitos humanos é bastante para superar a lei ou ato normativo interno que lhe for contrária, abrindo ensejo a recurso especial, como, aliás, já fez esta corte superior ao entender pela inconventionalidade da prisão civil do depositário infiel”, explicou Ribeiro Dantas. O ministro lembrou que o objetivo das leis de desacato é dar uma proteção maior aos agentes públicos frente à crítica, em comparação com os demais, algo contrário aos princípios democráticos e igualitários que regem o país. “A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo”, destacou o ministro. Quinta Turma descriminaliza desacato a autoridade.

acarreta na invalidação do direito estatal e não em sua revogação, constatando-se a compatibilidade vertical entre a norma estatal e o DIDH. Ao passar à análise dos dispositivos em confronto, art. 13 da CADH e art. 331 do CP, o Relator destacou o posicionamento da CIDH, que atesta a prevalência do art. 13 da CADH, notadamente por meio do Relatório sobre a Compatibilidade de Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1995), bem como o Caso “Palamara Iribarne”, em que a Corte IDH condenou o Chile, afirmando que a imputação do crime de desacato violou o direito à liberdade de expressão.

Com efeito, embora, a nosso ver, a decisão do Superior Tribunal de Justiça tenha sido proferida de maneira acertada, criando um precedente importante naquele Tribunal Superior, sendo inclusive alvo de comentários elogiosos e objeto de análise em outro estudo<sup>26</sup>, evidencia-se que a matéria foi novamente submetida ao crivo do referido Tribunal, cujo entendimento foi consignado de maneira diversa, conforme abaixo.

Trata-se de Habeas Corpus nº 379.269 - MS (2016/0303542-3), com pedido liminar, impetrado em favor de Magno Leandro Santos Angelico, contra o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, cujo Relator foi o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca em que o paciente havia sido denunciado pelos delitos tipificados nos arts. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (dirigir veículo automotor sob a influência de álcool) e 330 e 331, ambos do Código Penal (desobediência e desacato).

O Juízo de primeiro grau rejeitou parcialmente a denúncia, sob o fundamento de que o delito de desacato absorveu o crime de desobediência (princípio da consunção). Inconformado, o Ministério Público recorreu e o Tribunal de origem deu provimento ao recurso em sentido estrito, em acórdão assim ementado<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit.

<sup>27</sup>RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESOBEDEIÊNCIA E DESACATO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - INVIABILIDADE - RECURSO PROVIDO. É inaplicável o princípio da consunção, quando os crimes são autônomos, ou seja, quando um não é obrigatoriamente fase de preparação ou execução do outro. Para a aplicação do referido princípio, a análise deve ser feita entre fatos concretos e não entre normas; pois há a prática de mais de um tipo penal, porém, configura apenas um delito, dessa forma, o momento mais adequado para a aplicação do referido princípio, é o da prolação da sentença, após a instrução processual, pois necessária uma análise aprofundada dos fatos e da autoria, salvo em casos excepcionais. No presente caso, não se verifica, de plano, a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas praticadas pelo recorrido; incabível, portanto, a aplicação do princípio da consunção neste momento. CONTRA O PARECER - RECURSO PROVIDO.

Na oportunidade, em 16 de novembro de 2016, o Ministro relator entendeu que em um juízo de cognição sumária, não seria possível visualizar manifesta ilegalidade no ato impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência e somado a outros aspectos, indeferiu a liminar.

Posteriormente, a matéria ao ser submetida ao colegiado da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o Relator teve novamente a oportunidade de se manifestar, em alentado voto, para ao final decidir<sup>28</sup>:

“...Em conclusão, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já se pronunciou no sentido de que a criminalização do desacato contraria a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

O Princípio 11 da "Declaração de Princípios sobre a liberdade de expressão" da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é de clareza solar. Na colisão entre normas de direito interno e previsões da CADH, as regras de interpretação nela previstas (art. 29) determinam a prevalência da norma do tratado.

O Excelso Pretório já firmou diretriz no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país e incorporados ao

---

<sup>28</sup> “(...) Não obstante, a 5ª Turma desta Corte Superior, no julgamento do REsp-1.640.084/SP, afastou a tipicidade do crime de desacato, ante sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A propósito, foram estes os fundamentos utilizados pelo Relator, Ministro Ribeiro Dantas: O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza", visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais: "Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades ." (...) Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.".

direito interno na forma do artigo 5º, § 2º, da Constituição brasileira, têm natureza supralegal (RE n. 466.343).

Resta, pois, inviabilizada a condenação por desacato com fundamento em norma interna incompatível com Tratado Internacional de Direitos Humanos (norma supralegal), do qual o Brasil é signatário.

Desse modo, embora entendendo as razões práticas dos que pensam em sentido contrário (ordem, respeito à autoridade, etc.), deve-se retirar da ação penal na origem a imputação do crime de desacato, em razão do controle de convencionalidade ora realizado. Com tal decisão, a alegação de consunção fica, a rigor, prejudicada.”

Entretanto, a Terceira Seção, por maioria, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Ministro Antonio Saldanha Palheiro<sup>29</sup>, que lavrou o acórdão, cujo entendimento foi acompanhado pelos Ministros Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Rogerio Schietti Cruz<sup>30</sup> e Nefi Cordeiro, sendo vencido o entendimento esposado pelos Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas, que não conheceram o habeas corpus e concederam a ordem de ofício para excluir da ação penal o crime de desacato e determinando o prosseguimento da ação penal, quanto aos delitos previstos nos arts. 306 do C.T.B e 330 do CP, onde colhe-se a Ementa:

---

<sup>29</sup> TERCEIRA Seção define que desacato continua a ser crime. Disponível em [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Terceira-Se%C3%A7%C3%A3o-define-que-desacato-continua-a-ser-crime](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Terceira-Se%C3%A7%C3%A3o-define-que-desacato-continua-a-ser-crime). Acesso em 01 de outubro de 2017: “Segundo o Ministro Antonio Saldanha Palheiro, autor do voto vencedor, a tipificação do desacato como crime é uma proteção adicional ao agente público contra possíveis “ofensas sem limites”. Para o magistrado, a figura penal do desacato não prejudica a liberdade de expressão, pois não impede o cidadão de se manifestar, “desde que o faça com civilidade e educação”. O ministro destacou que a responsabilização penal por desacato existe para inibir excessos e constitui uma salvaguarda para os agentes públicos, expostos a todo tipo de ofensa no exercício de suas funções.”

<sup>30</sup> Idem: “Com outros fundamentos, o ministro Rogerio Schietti Cruz acompanhou o voto vencedor e disse que a exclusão do desacato como tipo penal não traria benefício concreto para o julgamento dos casos de ofensas dirigidas a agentes públicos. Ele explicou que, com o fim do crime de desacato, as ofensas a agentes públicos passariam a ser tratadas pelos tribunais como injúria, crime para o qual a lei já prevê um acréscimo de pena quando a vítima é servidor público. Schietti lembrou que, apesar da posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ser contrária à criminalização do desacato, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão que efetivamente julga os casos envolvendo indivíduos e estados, já deixou claro em mais de um julgamento que o direito penal pode responder a eventuais excessos na liberdade de expressão. Acrescentou, por outro lado, que o Poder Judiciário brasileiro deve continuar a repudiar reações arbitrárias eventualmente adotadas por agentes públicos, punindo pelo crime de abuso de autoridade quem, no exercício de sua função, reagir de modo autoritário a críticas e opiniões que não constituam excesso intolerável do direito de livre manifestação do pensamento.”

Habeas corpus nº 379.269 - MS (2016/0303542-3). Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca R.p/Acórdão: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Advogado: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Paciente: Magno Leandro Santos Angelico. Ementa: Habeas corpus. Recebimento da denúncia. Violação do art. 306 do Código de Trânsito e dos arts. 330 e 331 do Código Penal. Princípio da consunção. Impossibilidade. Manutenção da tipificação do crime de desacato no ordenamento jurídico. Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica. Direito à liberdade de expressão que não se revela absoluto. Controle de Convencionalidade. Inexistência de decisão proferida pela corte (idh). Atos expedidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (cidh). Ausência de força vinculante. Teste tripartite. Vetores de hermenêutica dos direitos tutelados na Convenção Americana de Direitos Humanos. Possibilidade de restrição. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2 do Pacto de São José da Costa Rica. Soberania do Estado. Teoria da margem de apreciação nacional (margin of appreciation). Incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal. Inaplicabilidade, *in casu*, do princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia. Writ não conhecido.

Com efeito, o entendimento majoritário esposado pelos ilustres Ministros do Superior Tribunal de Justiça, no Acórdão proferido em 24 de maio de 2017, em que pese contemplar vários aspectos relativos ao Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos<sup>31</sup>,

---

<sup>31</sup> 1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a figurar com observância obrigatória e integral do Estado. 2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem status de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta. Precedentes. 3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional. 4. A Corte Internacional de Direitos Humanos (IDH), por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo atribuição jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto. 5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os

apresentou posicionamento retrógrado, quando comparado a recente manifestação produzida naquele mesmo Tribunal Superior.

Nesse sentido, ao analisar o voto do eminente Ministro Antonio Saldanha, Palheiro, relator para o Acórdão, evidencia-se que o mesmo teceu ótimos comentários sobre o Sistema

---

demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos. 6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha". 7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil. 8. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão. 9. Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. da CADH, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade. 10. Os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal. 11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal com acepção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública. 12. A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito. 13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, "compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional." 14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material. 15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (margin of appreciation). 16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Apontamentos da doutrina alienígena. 17. O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra lato sensu da Administração Pública. 18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal. 19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, deve ser mantido o acórdão vergastado em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, primo ictu oculi, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas. 20. Habeas Corpus não conhecido.

Interamericano de proteção dos Direitos Humanos utilizando, inclusive, decisões da Corte e doutrina abalizada sobre o tema<sup>32</sup>.

Todavia, com a clara convicção de que não seria possível realizar o controle de convencionalidade no crime de desacato no caso apresentado, utiliza, de forma equivocada<sup>33</sup>, a compatibilidade vertical material em dissonância com os argumentos seguintes que robusteceram a sua discordância sobre a matéria:

“Nessa toada, atraindo essa conjuntura à situação em concreto, tem-se que o crime de desacato não pode, sob qualquer viés, seja pela ausência de força vinculante às recomendações expedidas pela CIDH, como já explanado, seja pelo viés interpretativo, o que merece especial importância, ter sua tipificação penal afastada.”

Sem embargo, o magistrado ao afirmar que o crime de desacato não pode ser submetido ao controle de convencionalidade, sob qualquer viés, não parece adequado pelos fundamentos ali esposados. O controle de convencionalidade consiste numa sindicância de compatibilidade entre o direito estatal e o internacional dos direitos humanos. Ademais, o

---

<sup>32</sup> A respeito do tema, bem leciona a específica doutrina: "(...) as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos são quase judiciais. A maior 'punição' consiste na publicação de suas opiniões e conclusões sobre as questões a ela submetidas na forma de relatório (Artigo 51, parágrafo 3º) (...). Ela não prolata sentenças. A função jurisdicional dentro do sistema interamericano cabe, para os Estados que a aceitam, à Corte Interamericana de Direitos Humanos, tratada no Capítulo Oitavo do Pacto de São José." (Alves, J. A. Lindgren. A arquitetura internacional dos Direitos humanos. São Paulo: Ftd, 1997. p. 281/282). A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo função jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto [Aprovado pela resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979]. Já o art. 68 da CADH prevê que os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes, o que denota de forma patente seu caráter vinculante. Acentue-se que as deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos. Desta feita, a despeito do que fora aduzido no inteiro teor do voto proferido no REsp. 1.640.084/SP, no que encampado pelo Ministro relator do presente writ, certo é que as recomendações não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha". Como bem assinala André de Carvalho Ramos ao alumiá-lo: "(...) essas deliberações compõem o chamado power of emarras, que por definição é uma pressão política, já que lhe faltaria a chamada força vinculante. Busca-se, então, a chamada "mobilisation de la honte", para que o Estado violador, sponte propria, repare integralmente a ofensa aos direitos humanos protegidos."

<sup>33</sup> "Noutras palavras, embora a Corte (IDH) já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", consoante se infere do emblemático caso Palamara Iribarne vs. Chile – cujas circunstâncias que balizaram foram significativamente distintas às da presente abordagem –, não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil."

Ministro enfatiza que “ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania inerente ao Estado.”<sup>34</sup>(grifei)

Sem embargo, no atual estágio das relações internacionais e com o desenvolvimento dos mecanismos protetivos dos direitos humanos que serviram, inclusive, para estabelecer um novo patamar sobre a própria leitura e compreensão do Direito Internacional, que deixou de dialogar apenas entre Estados, passando a contemplar novos sujeitos internacionais, inserido aí o indivíduo, ter a manifestação de um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, de que o Estado brasileiro não poderia ter aplicado na ordem jurídica interna uma entendimento produzido no Sistema internacional em razão da observância da força da soberania, é algo que encontra-se completamente ultrapassado e em desconformidade com o que preconiza a própria Carta Magna de 1988.

Como salientado em diversas oportunidades<sup>35</sup>, o vasto número de documentos internacionais que foram produzidos sob os auspícios da ONU em matéria de direitos humanos fez com que a dignidade da pessoa humana passasse a se inserir entre os principais interesses da sociedade internacional. Outra consequência relevante da internacionalização desses direitos relaciona-se à soberania dos Estados, cuja noção vai sendo alterada de forma sistemática<sup>36</sup>, ou seja, os direitos humanos deixam de pertencer à jurisdição doméstica ou ao domínio reservado dos Estados.

Assim sendo, a despeito de toda rica formulação jurídica apresentada pelo eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça sobre o crime de desacato, iniciada com as Ordenações

---

<sup>34</sup> “Nada obstante, ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania inerente ao Estado. Nada obstante, ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania inerente ao Estado.”

<sup>35</sup> GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>36</sup> Em igual sentido, PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016: “Os Direitos Humanos se converteram em tema de legítimo interesse internacional, transcendente ao âmbito estritamente doméstico, o que implicou no reexame dos valores da soberania e da autonomia absoluta do Estado. A universalização dos direitos humanos fez com que os Estados consentissem em submeter ao controle da comunidade internacional o que até então era de domínio reservado”.

Filipinas, passando pelo Código Criminal do Império de 1830, Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890, até chegar ao Código Penal vigente, o ponto central relaciona-se ao diálogo existente entre o Direito internacional e o Direito interno, que deve levar em conta o princípio *pro personae*, não podendo mais admitir o exercício pleno e absoluto da soberania Estatal.

Lamentavelmente o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal da Cidadania, presta um desserviço à sociedade brasileira ao consagrar a ideia Hegeliana sobre a soberania estatal, em completa dissonância com o que estabelece a ordem constitucional brasileira<sup>37</sup>.

#### 4. CONCLUSÕES

1. Os Estados ao se tornarem signatários de tratados internacionais de direitos humanos e, neste particular, a Convenção Americana, geram para si um dever, qual seja, o de adequar sua legislação e jurisdição interna para que estas estejam em consonância com as normas externas e com a jurisprudência da Corte Interamericana;

2. O controle de convencionalidade doméstico consiste numa sindicância de compatibilidade entre o direito estatal e o internacional dos direitos humanos;

3. As normas violadoras ou potencialmente violadoras aos direitos humanos devem ser julgadas e estar sujeitas ao crivo do controle de convencionalidade;

4. O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos que abarca a Comissão e a Corte perfilha o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar o equilíbrio dos direitos em conflito. O controle de convencionalidade

---

<sup>37</sup> CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos;

Art. 5º. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

tem por finalidade compatibilizar as normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e que estejam em vigência no território nacional.

5. Diante do caso concreto, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado pela 5ª Turma, no dia 15 de dezembro de 2016, no Recurso Especial (REsp.) nº 1.640.084-SP, adotou por decisão unânime, o entendimento do Min. Ribeiro Dantas (Relator), no sentido de que o crime de desacato é inconveniente.

6. Em 24 de maio de 2017, o Superior Tribunal de Justiça por intermédio de sua Terceira Seção, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Ministro Antonio Saldanha Palheiro, que lavrou o acórdão, concedeu a ordem de ofício para excluir da ação penal o crime de desacato e determinou o prosseguimento da ação penal, quanto aos delitos previstos nos arts. 306 do C.T.B e 330 do CP.

7. Invocar a soberania estatal para adotar posicionamento que não leva em consideração o atual estágio da proteção dos Direitos humanos, seja em razão das regras ou dos princípios, como por exemplo o *pro personae*, corresponde a um desserviço e retrocesso prestado pelo Tribunal da Cidadania.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANTOR, Ernesto Rey. **Control de conveniencia de las leyes y derechos humanos**. México, D.F.: Porrúa, 2008.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em [https://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/mcourt/registration/documents/2012\\_\\_bench\\_\\_memorandum.es.pdf?rd=1](https://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/mcourt/registration/documents/2012__bench__memorandum.es.pdf?rd=1)

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id\\_Pais=7](http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=7).

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. **Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones**. Sentencia de 30 de noviembre de 2012.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: curso elementar**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

- GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. Contornos atuais do controle de convencionalidade doméstico. **Los desafíos jurídicos a la gobernanza global: una perspectiva para los próximos siglos**. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2017.
- MOREIRA, Thiago Oliveira. O exercício do Controle de Convencionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça: uma breve análise do voto do Min. Ribeiro Dantas. **Revista FIDES**, 15 ed., v. 8, n. 1. Natal: 2017, pg. 99 – 103.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- QUINTA Turma descriminaliza desacato a autoridade. Disponível em [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quinta-Turma-descriminaliza-desacato-a-autoridade](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quinta-Turma-descriminaliza-desacato-a-autoridade). Acesso em 01 de outubro de 2017.
- RIDRUEJO, Jose A. Pastor. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2006.
- TERCEIRA Seção define que desacato continua a ser crime. Disponível em [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Terceira-Se%C3%A7%C3%A3o-define-que-desacato-continua-a-ser-crime](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Terceira-Se%C3%A7%C3%A3o-define-que-desacato-continua-a-ser-crime). Acesso em 01 de outubro de 2017.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1997.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva: 2016.



**THE DISSONANT  
POSITION OF THE  
SUPREME FEDERAL  
COURT IN FRONT OF  
THE  
JURISPRUDENCE OF  
THE INTER-  
AMERICAN COURT  
OF HUMAN RIGHTS  
AND THE NEED FOR  
OPENING THE  
BRAZILIAN LEGAL  
ORDER TO  
INTERNATIONAL  
LAW – THE CASE OF  
RECURRENCE AS AN  
AGGRAVANT OF  
PENALTY**

**CAMILA DE ASSIS SANTANA  
SILVA<sup>1</sup>**

**ABSTRACT:** This paper intends to demonstrate the need for opening the Brazilian legal order to international law,

in order to harmonize the commands and perspectives. Only in this way, will there be an effective protection of human rights. Only if the internal system accept truly and recognize the international system, can the commands to protect human rights be implemented effectively. In order to develop this study, the institute of recidivism was analysed under the IACHR, Brazilian and Argentinian perspectives. It was possible to verify that there is still a discrepancy between Brazilian order and the commands of the IACHR which shows fragility in the protection and implementation of human rights. Using Neves's theory, it is possible realize that a constructive and permanent dialogue is need between these order in order to secure the promotion and protection of human rights. If it does not happen, the legitimacy and effectiveness of these orders can be questioned.

**KEYWORDS:** International law. Inter-American Court of Human Rights. Dialogue

**RÉSUMÉ:** Cet article a l'intention de démontrer la nécessité d'ouvrir l'ordre juridique brésilien au droit international, afin d'harmoniser les commandes et les perspectives. Ce n'est que de cette manière qu'il y aura une protection efficace des droits de l'homme. Ce n'est que si le système interne accepte

---

<sup>1</sup> Pós-graduação lato sensu em Direito Penal Econômico e Corporativo pelo Instituto de Direito Público de São Paulo (IDP-SP). Membro-pesquisador do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da USP. Pós-graduação lato sensu

em Direito Internacional pelo Centro de Direito Internacional (CEDIN). Graduação em Bacharelado em Direito, Universidade Estadual de Feira de Santana (2016).

véritablement et reconnaît le système international, que les règles de protection des droits de l'homme soient effectivement mises en œuvre. Pour développer cette étude, l'institut de récidive a été analysé sous les perspectives de la CIDH, du Brésil et de l'Argentine. Il a été possible de vérifier qu'il existe encore un écart entre l'ordre brésilien et les commandes de la CIDH qui montre une fragilité dans la protection et la mise en œuvre des droits de l'homme. En utilisant la théorie de Neves, il est possible de réaliser qu'un dialogue constructif et permanent est nécessaire pour assurer la promotion et la protection des droits de l'homme. Si cela ne se produit pas, la légitimité et l'efficacité de ces commandes peuvent être remises en question.

**MOTS CLÉS:** Droit international; Cour interaméricaine des droits de l'homme; Dialogue.

**SUMMARY:** 1.Introduction. 2. The legal prevision of recidivism as a way to aggravate the penalty in the Brazilian order. 3. The position of the IACHR about the application of recidivism as a way to aggravate the penalty. 4. How the STF has understood this subject even after the IACHR had taken its position. 5. How other states which are parts in the Inter-American System of Human Rights deal with the recidivism as a way to aggravate the penalty. 6. The transconstitucionalism. 7. Final considerations: The necessity of recognition of the necessity of open

Brazilian order to international order. 8. Bibliographic references.

## 1. INTRODUCTION

Brazil is part of the Inter-American System of Human Rights due to which the State should comply with the decisions of the main organs of this system: the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights. However, it is a known fact that Brazil still does not observe and accomplish some decisions and opinions of these organs.

This study intends to analyse the position of the Supreme Federal Court of Brazil (STF) in front of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR). Therefore, this discussion will be restricted around the roles of these two organs.

This paper aims to analyse how the IACHR has decided about the legal prevision of recidivism as a way to aggravate the penalty and its use in criminal judgements. In addition, the STF's posture about the same object will be considered. Therefore, it will be possible to compare both positions and verify if the STF has accomplished the understandings of the IACHR.

In turn, a discussion about the necessity for opening the Brazilian legal order to the International Law will take place. Some theories will be mentioned, such as the theory of transconstitucionalism by Marcelo Neves.

This authors claims that a dialogue between different orders is necessary. In the case of this study, this theory can be applied to understand and recognize that an open in the national order to the international law has to be imposed.

The structure of the world has changed as well as the relationships throughout it. More and more different legal orders have to deal with same problems. Sometimes, these orders understand the same situation in different perspectives in turn which conflicts can appear between them.

It cannot be denied the prevalence of the international law over national orders. This understanding has been shared among doctrinators. However, more than only impose the international perspective to the national order; the recognition of the necessity of opening the domestic order to the international order by the Brazilian State is fundamental. All the internal systems need to understand that the Brazilian order cannot oblivious the international positions, decisions and perspectives. Brazilian legislative, executive, judiciary

and the civil society need to understand that Brazil is part of a global society which requires a position according to the international law. Deny or ignore the jurisprudence of the IACHR, for example, is unacceptable. Brazil cannot judge its demands ignoring opinions and IACHR alignment.

First of all, Brazil needs to observe and respect international rules as well as judging according the international law when the case requires the observation of this normative. Furthermore, only applying the rules without observing the interpretation given by international courts is not enough. Actually, it is nonsense. Brazil has to follow the orientations of the IACHR even if they require changes in the internal legal or social structure, such as legislative changes and so on.

Therefore, a constant constructive dialogue between these orders has to receive incentive. Brazil needs to understand this current necessity as to establish a dialogue when the understandings are different. Actually, according to Neves<sup>1</sup>, both systems need to be open to appreciate foreign needs and perspectives to improve themselves. Constant updating and reconstructions are necessities to allow the existence and legitimacy of both systems.

To concretize this paper, a study about the national legal prevision of recidivism as a way to aggravate the penalty. In addition, the position of IACHR about this topic was analysed. In the end, the posture of the STF and national courts was collated. Furthermore, a view of other states' postures which are also part in the Inter-American System of Human Rights was taken. Therefore, it was possible to compare the reality of Brazilian order to international requirements.

## 2. THE LEGAL PREVISION OF RECIDIVISM AS A WAY TO AGGRAVATE THE PENALTY IN THE BRAZILIAN ORDER

According to the article 61 of the Penal Code of Brazil<sup>2</sup>:

---

<sup>1</sup> NEVES, 2009.

<sup>2</sup> BRAZIL, 1940.

They are circumstances that always aggravate the sentence, when they do not constitute or qualify the crime: (Redaction given by Law nº 7.209, of 11.7.1984)

I – recidivism

The concept of recidivism is also brought by the mentioned law<sup>3</sup>:

Article 63 - Recidivism is verified when the perpetrator commits a new crime, after resorting to a sentence that, in the country or abroad, convicted him for a previous crime. (Drafting provided by Law No. 7.209, dated 11.7.1984)

Art. 64 - For purposes of recidivism: (Redaction given by Law No. 7,209, dated 11.7.1984)

I - the previous conviction does not prevail, if between the date of compliance or extinction of the sentence and the subsequent infraction has elapsed period of time over 5 (five) years, computed the period of proof of suspension or conditional release, if not occur revocation; (Drafting provided by Law No. 7.209, dated 11.7.1984)

II - do not consider the own military crimes and political. (Redaction given by the Law nº 7.209, of 11.7.1984)

Recidivism is the repeating of or returning to criminal behavior by the same offender or type of offender. It is a type of aggravating circumstances which are Circumstances, facts, or situations that increase the culpability, liability, or the measure of damages or punishment for a crime. Based on prevailing doctrinal and jurisprudential understanding, the increase of the sentence is often in 1/6 (one sixth) of the base-penalty. However, it is a discretionary power of the judge as long as it is reasonable and proportional<sup>4</sup>:

CRIMINAL - DRUG TRAFFICKING - ABSOLVATION - IMPOSSIBILITY - PROVEN AUTHORITY AND MATERIALITY - REDUCTION OF PENALTY-BASE - POSSIBILITY - EXCEEDED REPRIMANDS - AGGRAVATING CIRCUMSTANCES OF RECIDIVISM - PENALTY INCREASED IN 1/6 [ONE SIXTH] – SUITABLE – DISMISSAL OF CAUSE OF INCREASE OF ARTICLE 40 SUBSECTION VI OF LAW 11.343/06 - IMPOSSIBILITY - APPEAL PARTIALLY PROVIDED. 1. If the authorship and the materiality of the crime of drug trafficking are proven,

---

<sup>3</sup> *Ibidem.*

<sup>4</sup> TJ-MG, 2015.

a conviction shall be imposed. 2. The basic penalty shall be altered as it is applied in an exacerbated manner. 3. The increase in sentence for the aggravating circumstance of recidivism must occur in the fraction of 1/6 [one sixth] according to prevailing doctrinal and jurisprudential understanding. 4. It is necessary to maintain the cause of increased sentence of article 40, section VI of the Drug Law, once the involvement of the minor has been confirmed. 5. Appeal partially provided. (Free translation made by the author).

In the Brazilian legal system, a criminal type is followed by a penalty which has a minimum and a maximum limits. Therefore, the judge has a discretionary margin of appreciation to determine what will be the definitive sentence for the case. It is called individualization of the penalty. In this moment, the judge has to considerate some criteria, such as judicial circumstances, aggravating, attenuating, causes of increase and causes of reduction of penalty<sup>5</sup>.

Among the aggravating, recidivism takes place. Recidivism occurs when the person commit a crime after a previous final sentence with *res judicata* which had condemned him for a previous crime. However, this situation can remains only for five years after which the former condemnation cannot be considered as recidivism if the person commits another crime. The former crime will be considered as bad criminal records which will be take into account in the first stage, as judicial circumstances<sup>6</sup>.

Moreover, the institute of recidivism impacts also others situations, such as the penalty regime. Depending on the existence of recidivism, the execution of sentence can variate. For instance, the person who is recidivist cannot go to the semi-open regime, even if his penalty is between 4 (four) and 8 (eight) years. The open regime also be excluded even if the penalty is equal or less than 4 (four) years.

Some authors claim that recidivism would be "*bis in idem*" as the person would be punished two times for the same act<sup>7</sup>. However, others authors, such as the STF's ministers, believe that the conduct of the offender deserves greater reproach<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> CUNHA, 2016, p. 242.

<sup>6</sup> CUNHA, 2016, p. 424.

<sup>7</sup> QUEIROZ *apud* CUNHA, 2016, p. 426.

<sup>8</sup> STF, 2013.

Despite the divergences, the mentioned legal prevision takes place in all Brazilian courts as the judges base their sentences on it.

### 3. THE POSITION OF THE IACHR ABOUT THE APPLICATION OF RECIDIVISM AS A WAY TO AGGRAVATE THE PENALTY

During the judgment of the case Fermín Ramírez vs. Guatemala, the IACHR could give its understanding, which is binding for the states which recognized this jurisdiction, about the possibility of using personal criteria to qualify the crime or impose penalties other than those fixed by the criminal type, such as the dangerousness of the agent<sup>9</sup>:

81. La Comisión alegó que el Estado incurrió en una violación del derecho de defensa cuando el Tribunal de Sentencia, en el fallo de 6 de marzo de 1998, no expresó fundamento alguno sobre la peligrosidad del agente, sino concluyó, a partir de una relación de las mismas circunstancias que utilizó como causales de agravación del delito, que el señor Fermín Ramírez revelaba una mayor peligrosidad.

Desde el punto de vista procesal, es grave que la acusación no se hubiese referido a las circunstancias que demostrarían la peligrosidad del señor Fermín Ramírez. La Corte estima que esta cuestión debe ser analizada a propósito de la compatibilidad del artículo 132 del Código Penal con el artículo 9 de la Convención (infra párrs. 87 a 98).

94. En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía.

---

<sup>9</sup> OAS, 2005, p. 48 and 51.

The article 9 of the American Convention on Human Rights states<sup>10</sup>:

Article 9. Freedom from Ex Post Facto Laws. No one shall be convicted of any act or omission that did not constitute a criminal offense, under the applicable law, at the time it was committed. A heavier penalty shall not be imposed than the one that applicable at the time the criminal offense was committed. If subsequent to the commission of the offense the law provides for the imposition of a lighter punishment, the guilty person shall benefit therefrom.

In addition, the mentioned Convention highlights that<sup>11</sup>:

Article 2. Domestic Legal Effects Where the exercise of any of the rights or freedoms referred to in Article 1 is not already ensured by legislative or other provisions, the States Parties undertake to adopt, in accordance with their constitutional processes and the provisions of this Convention, such legislative or other measures as may be necessary to give effect to those rights or freedoms.

The IACHR has decided that the recidivism as a way to aggravate the penalty is not harmonious with the principles of a democratic state. Indeed, this institute must be removed from internal rules. It is based on the theory called “the criminal law of the author” which worsens the situation according to the agent's personal characteristics, instead of taking into account the fact exclusively. In addition, this institute is a type of “*bis in idem*” which is forbidden by the Convention in its article 8.

Therefore, being a member of the Inter-American System of Human Rights as well as had recognized the jurisdiction of the IACHR, Brazil should comply with its decisions, promoting internal changes in order to adapt Brazilian order to international demands.

#### 4. HOW THE STF HAS UNDERSTOOD THIS SUBJECT EVEN AFTER THE IACHR HAD TAKEN ITS POSITION

In a decision rendered on April 4, 2013, the STF Court decided that the application of recidivism as an aggravating factor is constitutional. The decision was rendered in the

---

<sup>10</sup> OAS, 1969.

<sup>11</sup> *Ibidem*

judgment of Extraordinary Appeal (RE 453.000)<sup>12</sup> applied by the Public Defender's Office against a judgment of the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul, which held a conviction for extortion a sentence of four years and six months, applying the aggravation of recidivism at the time of the sentence. The Ministers decided to apply the effects of the general repercussion to the decision, given that in RE 732290 the subject had already had general acknowledged repercussions. Therefore, the constitutionality of the application of recidivism as an aggravating factor of punishment should be applied to all other proceedings in the courts of the country, as well as may be applied by the Supreme Court's own ministers in monocratic decisions rendered in habeas corpus that the same matter.

This is a quotation of the judgement<sup>13</sup>:

Take away the possibility of thinking about duplicity. Of course, at the time of the previous condemnation, the institute was not considered. It must be considered in the following judgement because of the fact that has occurred another criminal practice without the interregnum referred to in article 64 of the Penal Code - five years. Therefore, there is not increasing in the penalty on the previous sentence. Actually, given the minimum and maximum limits versed in relation to the new crime, in the second stage of the dosimetry of the penalty, in the field of aggravation, there is an increasing in the basic penalty fixed. The judge must have in view parameters to establish the appropriate sentence for the specific case, individualizing it. It is in this moment that that raises the recidivism which is the fact that the accused committed a new crime, despite the previous one in life in society.

There is a factor of discrimination which is reasonable, following the natural order of the things. I repeat that it takes into account the profile of the accused to realize the need for greater penalties, considering the minimum and maximum penalty of the type, because the person committed a crime again, despite the prior condemnation, in what should be taken as an alert, a greater warning about the need to adopt a posture proper to the average man, the integrated citizen To the gregarious life and solidarity with the similar ones. (Free translation made by the author)

However, even after the IACHR had decided for the unconventionality of this prevision, STF and Brazilian courts still base their judgements in this institute.

Moreover, there has not happened any legislative change in order to adjust the Brazilian normative system to the international commands.

---

<sup>12</sup> STF, 2013.

<sup>13</sup> STF, 2013, p. 04

Although the IACHR had decided about the unconventionality of applying the recidivism in 2005, the STF still uses this institute, ignoring and contradicting the jurisprudence of the IACHR.

## 5. HOW OTHER STATES WHICH ARE PARTS IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS DEAL WITH THE RECIDIVISM AS A WAY TO AGGRAVATE THE PENALTY

The Supreme Court of Justice of Tucuman, in Argentina, in a judgement made in November, 2012, argues that<sup>14</sup>:

En fin, de lo analizado se observa que “Los parámetros de fundamentación de la 'reincidencia' coinciden con los de la 'peligrosidad'; funcionan como un análisis extraíble de un patrón de comportamiento de una determinada personalidad, agravando la respuesta penal, más allá de las consecuencias y modalidades del acto realizado. Con la reincidencia, como con la peligrosidad, se castiga algo diferente del hecho criminoso realizado por el autor; se esta castigando algo que, en verdad, tiene que ver con lo que ese autor estaría demostrando ser. Como sostiene Zaffaroni, el agravamiento nada tiene que ver con el injusto, porque el contenido injusto del delito del reincidente es igual al del primario. Como afirma Ferrajoli, ambas se basan en un modo de ser, más que un modo de actuar, y como tal se erigen en un sustitutivo de la culpabilidad constitutivos de tipos penales inconstitucionales.

And continues<sup>15</sup>:

A su vez, en la misma línea de razonamiento y siguiendo el análisis de validez constitucional de la norma en cuestión, se advierte que “no admitiendo, pues, el derecho penal de autor, no encuentro respuesta a la objeción: toda consecuencia más gravosa del segundo delito deriva de un primer delito que ya ha sido juzgado en sentencia firme. No tiene sentido caer en sutilezas ilógicas, como pretender que deriva de la condenación o del cumplimiento de la pena, porque, en definitiva, cualquier matiz de éstos obedece al hecho básico de un primer delito, sin el cual no pueden concebirse” (conf. Voto en disidencia del Dr. Zaffaroni en: Cámara Nacional

---

<sup>14</sup> ARGENTINA, 2012, p. 17-18.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 18 and 20.

de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en pleno, in re “Guzmán, Miguel F.” del 08/08/1989, La Ley 1989-E, 165)

(...) En efecto, no existe una interpretación que permita validar el instituto de la reincidencia, y utilizando la expresión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Gramajo”, podemos decir que los que defienden el instituto, se encuentran en una verdadera “disyuntiva de hierro”, dado que la pena impuesta en el segundo delito con mayor poder punitivo, importa o bien afirmar que la pena se corresponde al último hecho cometido, en cuyo caso se viola el principio de culpabilidad y proporcionalidad, al ejercer un plus de poder punitivo con base a una motivación interna que no tiene correlación con un mayor contenido de injusto o por una mayor lesión a un bien jurídico ajeno, o bien importa afirmar que el plus se impone atendiendo a los hechos cometidos y juzgados con anterioridad, en cuyo caso resultaría irrefutable que se lo penaría dos veces por los mismos hechos.

Mentioning the jurisprudence of the IACHR, the Supreme Court of Tucuman follow the inadmissibility of this institute which is against the American Convention on Human Rights<sup>16</sup>:

El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado' (CIDH, Serie C N° 126 caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005). En consecuencia, no puede sostenerse seriamente que se autorice a un estado de derecho para que imponga penas o prive de libertad a una persona -con independencia del nomen juris que el legislador, la doctrina o la jurisprudencia eligiera darle al mecanismo utilizado para ello-, sobre la base de una mera probabilidad acerca de la ocurrencia de un hecho futuro y eventual” y luego agrega “Que cabe destacar finalmente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo una línea argumental similar a la aquí expuesta, consideró que la invocación a la peligrosidad 'constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía... En consecuencia, la introducción en el texto legal de la peligrosidad del agente como criterio

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 16-17.

para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención' (CIDH, Serie C. N° 126, caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sent. del 20 de junio de 2005)." (CSJN, in re "Gramajo, Marcelo E." del 05/09/2006, publicado en La Ley 2006-E, 65, Fallos 329:3680).

In other words, the Court of Tucuman followed the orientation and decision of IACHR. The Argentinian Court agreed with the IACHR's arguments in turn which the Argentinian judiciary declared the unconstitutionality of the institute of recidivism.

It claimed that the basis of the institute of dangerousness is the same as that of the institute of recidivism. Both of them take into account only personal aspects of the accused. While the first one is based on the probability of the person commit another crime in the future, the last one is related to prior crimes.

Applying these institutes, the judge punishes something different from the criminal fact made by the author; it is punishing something that the accused is supposed to be.

Furthermore, it argued that the position which defends that any more serious consequence of the second crime derives from a first offense that has already been tried in a final judgment cannot be accepted because it is against the principles of the "criminal law of fact.

Therefore, it is clear the commitment of Argentina to implement the IACHR decisions in order to secure and protect the human rights.

## 6. THE TRANSCONSTITUCIONALISM

It cannot be denied that the world order has changed. The interstate notion has been substituted by a new notion which englobes other international actors. States are no longer able to solve all the issues throughout the world only by themselves.

An important reflection of this change is the role of international courts which has complemented and supervised the activity of internal courts, when these are not capable to or do not have interest in implementing the international requirements.

International courts and national courts have been demanded to give their opinion about a specific subject. Sometimes, this leads in conflicts between these positions. National

courts issue in a way while international courts support a different perspective. In these cases, a dialogue is needed between the legal systems.

Firstly, a mention has to be made of the Brazilian recognition of the jurisdiction of the IACHR.

Brazil recognized the competence of the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights in 1998, liable to reciprocity and for facts subsequent to the declaration. Therefore, it is subordinated to its decisions.

The Inter-American Court of Human Rights is the independent judicial body of the Inter-American Convention on Human Rights. It is competent to analyse contentious cases presented by the Inter-American Commission on Human Rights or by the States Parties; to issue provisional measures in cases of seriousness and urgency; and to issue interpretative interpretations of treaties or on the compatibility of domestic law with the Convention.

The judgments of the Inter-American Court of Human Rights may establish obligations to do, not do and give right, including in this path the duties to guarantee the enjoyment of the violated right, to repair the damage, to investigate and punish the perpetrators of the violations, to Specific or structural measures to prevent or remedy the violation.

Furthermore, having recognized the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights, it is also up to the Brazilian State to comply with the interpretations given by the Inter-American Court of Human Rights to the human rights treaties, including the Inter-American Convention on Human Rights.

Therefore, the Brazilian State recognized the jurisdiction of the Inter-American Court and, in turn, must comply with what this international body proclaims.

However, it is a known fact that implementing in Brazil sentences from international courts is still an enormous challenge.

It is well known that decisions of the Inter-American Court of Human Rights, whether provisional or final, have binding force on the States that have recognized their jurisdiction, as well as impose obligations on these States for their compliance. However, there are no international mechanisms to enforce such decisions. The execution of the judgment of the

Inter-American Court of Human Rights depends on national authorities and internal normativity<sup>17</sup>.

Some challenges permeate the implementation of such decisions. For example, the shock between decisions and interpretations of domestic and international law.

Is it fundamental to develop a permanent dialogue between these systems able to promote interactions, concessions and flexibility in order to harmonize the shocks and different perspectives between the Brazilian state order and international courts, such as the IACHR.

There is a current necessity of instigate these systems to review and update their guidelines, functions and understandings, constantly.

It is not proposed here to defend the unilateral imposition of the Court's decisions, but rather to discuss the construction of a constructive dialogue between the internal power authorities and the international mechanisms for the protection of human rights.

As mentioned, an enormous challenge is the shock between the national decisions and interpretations and the international's<sup>18</sup>:

The jurisprudence of the Court has faced, and has the possibility of continuing to face, some difficulties in complying with its decisions due to the apparent or effective contradiction of these with doctrinal or national jurisprudential developments.

Therefore, compliance with the decisions of the system requires enriching debates at the national level and a fluid dialogue between the various local actors and the regional protection bodies. Ultimately, the execution of decisions is subordinated to certain doctrinal or jurisprudential developments, which instruct domestic practice in order to comply with the decisions of the international system. (Free translation made by the author).

Regarding the shock between the interpretations given by international and national bodies of international human rights diplomas, Ramos<sup>19</sup> stresses "the need to reconcile national interpretation with the international interpretation of human rights," proposing what he calls the "Dialogue of the Cortes":

---

<sup>17</sup> RAMOS, 2016, p. 385.

<sup>18</sup> KRSTICEVIC, 2009, p. 41.

<sup>19</sup> RAMOS, 2016, p. 378.

A first alternative is the encouragement of dialogue between national courts and international bodies, whereby arguments and considerations are known and can mutually influence decision-making by national and international bodies.

Neves<sup>20</sup> views and discusses possible conflicts between international human rights determinations, understandings of fundamental rights of the internal order and the rights of extra-state local communities, sustaining the imperative need of these instances to open themselves to a constant dialogue and revisions of their guidelines "to yield to the demands of the perspectives of other normative orders in relation to the meaning and scope of conflicting rights". It is not a matter of imposing an understanding over the other, mandatorily, but of recognizing such conflicts and promoting adjustments and conciliations between the different perspectives. Neves then proposes a trans-constitutional dialogue, through a re-reading and new understanding of both norms, international human rights norms and norms of extra-local local communities<sup>21</sup>:

In the context of a positive transconstitutionalism, it is necessary, in these cases, a disposition of the state and international orders to be surprised at a reciprocal learning with the experience of the other, the native in his self-understanding.

Neves<sup>22</sup> supports that it must be a dialogue between national sources of law, even that made by non-state authors, and international sources of law. In addition, he claims that the world has become more and more complex as it is composed by a huge number of systems. Even more, these systems become specialized and develop their own codes. However, they are not isolated. They are able to receive external irritations. In order words, there is a doubtless relationship between these systems. Each system determines whether it will receive the irritation and how will process it. The systems cannot close themselves. Contrarily, each one must develop criteria to adopt these external irritations.

He suggests what he calls "Structural coupling"<sup>23</sup> which would secure a constant adaptation between different systems, keeping their specificities.

---

<sup>20</sup> NEVES, 2014, p. 208.

<sup>21</sup> *Ibidem*

<sup>22</sup> NEVES, 2014

<sup>23</sup> LUHMANN, 2005, p. 18

According to Neves<sup>24</sup>, there is a relationship between constitutionalism rules and international rules. At the time that there is an international scope of the constitutional rules of the State, there is a constitutional scope of international standards. It means that same issues are analysed and considered by different orders and perspectives in the same time.

He points that the fact that the state open itself brings interpenetration between internal order and international order. This fact requires learning and exchange between the experiences of each system permanently. It must consider both perspectives<sup>25</sup>.

He recognizes that in the relationship between international legal orders and state legal orders, more and more legal-constitutional cases arise as well as the solutions interests both or orders involved<sup>26</sup>.

Finally, he highlights that a overcoming of the provincial treatment of constitutional problems by the states is necessary. However, it cannot lead to believe in the superiority of the international orders. He claims that both of orders can misunderstand or equivocate when they deal with constitutional issues, including human right demands<sup>27</sup>.

Therefore, it is clear that Brazilian order needs to be open to international requirements and demands in order to adjust the national system according to its international obligations.

## 7. FINAL CONSIDERATIONS: THE NECESSITY OF A RECOGNITION OF THE NECESSITY FOR OPENING BRAZILIAN ORDER TO INTERNATIONAL ORDER

It is known that Brazil recognized the jurisdiction of the IACHR. In addition, Brazil has concluded a huge amount of treats of human rights. In this way, going contrary to the international demands and perspectives is unacceptable. It would seem a contradictory

---

<sup>24</sup> NEVES, 2014, p. 134-135.

<sup>25</sup> NEVES, 2014, p. 134.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 132.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 151.

position taken by the Brazilian state. However, decision and legislation opposite to international commands are not rare in Brazil.

Concluding treaties and recognizing international jurisdiction are acts of sovereignty which show the will of the State properly. Therefore, ignoring or reject international perspectives are paradox.

According to the above information, it is clear that Brazil has been positioned in disagreement with the international commands which can be frustrating for whom awaits progress in the protection of human rights.

A specific case is the issue of the use of recidivism as a way to aggravate de penalty. Although the IACHR has rejected this institute and other American countries have followed this command, Brazil still has internal legislation which has this institute as all internal courts have applied the legal prevision. The STF, the court which is responsible for protect the constitution applying the constitutional control, addressed that recidivism is compatible with the Brazilian constitution, ignoring the American Convention and the IACHR which is totally worrying.

Considering the lectures of Neves, it can be concluded that Brazil needs to open its order to international system. Brazilian cannot ignore the international system. Which one has your structure and functions both of which are defined by each system by themselves. However, Brazilian system and international system are not closed, and they cannot be. Sometimes, they need to deal with same problems which affect both of them.

Therefore, a constructive and permanent dialogue between these systems is essential. They need to recognize the other system, their functions in order to define criteria which enable harmonization of the different perspectives. Each system can be upgraded. Each one can review your conceptions and operation. Only in this way, will the issues of human rights aim the most effective solutions which will be able to be implemented by different systems.

## 8. BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

ARGENTINA. Supreme Court of Justice of Tucuman, "A.,E.O. y V.,S.H. S/ Robo Agravado", Expte. Nº 24846/2007, President. Dr. Antonio Daniel Estofán, Prevailing vote. Dr.

- Gandur, J. 20/11/2012. Available in: < <http://www.cij.gov.ar/nota-10365-La-Corte-Suprema-de-Tucum-n-declar--la-inconstitucionalidad-de-la-reincidencia-como-fundamento-para-agravar-la-pena.html>>. Access on: 22/08/2017.
- BRAZIL. **Decree-law nº 2.848, 07 december** 1940.
- BRAZIL. STF, RE 453.000/RS, Rapporteur on the case. Minister Marco Aurélio, J. 04/04/2013, DJ. 03/10/2013.
- BRAZIL. TJ-MG, APR: 10283140012388001/MG, Rapporteur on the case. Judge Pedro Vergara, J. 01/09/2015, DJ. 09/09/2015.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1o ao 120). 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a execução das decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. *In: Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais*. Organized by: Centro pela Justiça e o Direito Internacional; [translation: Rita Lamy Freund]. Rio de Janeiro: CEJIL, 2009.
- LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2ª ed. in Spanish. México: Herder, 2005.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- OAS. American Convention on Human Rights, **Adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights**, San José, Costa Rica, November 22, 1969.
- OAS. Inter-American Court of Human Rights. **Case of Fermín Ramírez v. Guatemala**. Judgment of June 20, 2005.
- RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

# DIREITO E POLÍTICA: O CASO DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA

LAW AND POLITICS:  
BRAZIL'S AMNESTY LAW

BRENDA MARIA RAMOS  
ARAÚJO<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este estudo analisa as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o caso da Guerrilha do Araguaia e a decisão do STF na ADPF n. 153, demonstrando a influência da relação direito e política na argumentação jurídica de cada tribunal. Após introduzir conceitos fundamentais da separação entre Direito Internacional e política, examinam-se trechos das decisões mencionadas com vistas a aplicar a teoria do Koskenniemi sobre a argumentação jurídica nos casos escolhidos. O estudo objetiva reavivar as discussões sobre a

relação necessária entre estas duas disciplinas: o Direito Internacional e a ciência política.

**PALAVRAS-CHAVE:** política; Direito Internacional; Direitos Humanos; lei de anistia brasileira; Guerrilha do Araguaia.

**ABSTRACT:** This study analyzes the decision of the Inter-American Court of Human Rights about the Araguaia Guerrilla case and the decision of the Brazilian Supreme Court in the ADPF n.153, showing the influence of the relationship Law-Politics in the legal argumentation of each court. After fundamental concepts of the separation of International Law and politics are introduced, sections of the decisions are examined to enable the application of Koskenniemi's theory about legal argumentation in the cases chosen. The study objective is to renew the discussions about the fundamental relationship between these two disciplines: International Law and Political Science.

**KEYWORDS:** politics, International Law, Human Rights, Brazil's amnesty law, Araguaia Guerilla.

## 1. INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Profa. Substituta de DIP da FND-UFRJ Mestre em direito internacional pela UERJ. Pesquisadora do NIDH.

O Direito Internacional é um espaço aberto a debates morais ou filosóficos. Suas instituições são permeadas por discussões do que é politicamente justo ou injusto. O pensamento jurídico abstrato e o engajamento político estão sempre juntos. Assim, algumas discussões sobre conceitos jurídicos podem ocorrer, ao mesmo tempo, em parlamentos, tribunais de justiça e ministérios de relações exteriores.

A grande abstração dos conceitos jurídicos cria oportunidades para debates morais. Ideais humanitários ou de justiça podem ser utilizados para justificar ou para condenar uma ação específica com o auxílio do Direito Internacional<sup>1</sup>. Como não há um parlamento universal, a aplicação de ideais morais a leis abstratas é ainda mais difícil no âmbito internacional<sup>2</sup>. Sem ter uma cultura única por base o aplicador e o criador do Direito Internacional passam por um caminho sinuoso até a construção de um conceito objetivo. Assim, apesar de ambos serem contrários a invasões, a Rússia e os Estados Unidos discutem a questão da Criméia; e, apesar destes dois países serem favoráveis a manutenção da paz, Israel e Palestina não conseguem terminar seu conflito territorial.

Essa contradição e abstração é necessária, em um primeiro momento, para o estabelecimento de regulamentações sobre temáticas novas. Os grandes tratados de regimes internacionais, como o Direito Comercial, o Direito dos Direitos Humanos, o Direito Ambiental, para conseguir a aderência de diversas culturas, formulam conceitos muito abstratos, que acabam permitindo diversas ações concretas. O que essas grandes

---

<sup>1</sup> “International law revels in conflict. Legal advisors use it to argue cases before tribunals such as the International Court of Justice in The Hague or the European Court of Human Rights (ECtHR) in Strasbourg. Diplomats strategise about it in bilateral relations and at meetings of international institutions. Politicians invoke it to defend their policies or to attack their adversaries in public speeches and declarations, newspaper articles, pamphlets and manifestos. Even academics find it useful as an instrument to defend or challenge particular forms of international behaviour and to engage in controversies about institutional reforms. But it also carries large ideas about peace, social justice, human freedom and rational management.” KOSKENNIEMI, Martti. International law in the world of ideas. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. The Cambridge Companion to International Law. Cambridge University Press: 2015. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-companion-to-international-law/6E60F760CC412C4104E42E66D29FEA79> p.47 e 48

<sup>2</sup> Essa dificuldade também existe no âmbito interno: “No legal system, least of all international law, is a homogeneous bloc in which abstract ideas turn into concrete action an automatic way. The indeterminacy of notions such as ‘peace’, ‘security’, ‘human rights’, ‘humanitarian action’, ‘sustainable development’ renders them fertile ground for controversy.” KOSKENNIEMI, Martti. International law in the world of ideas. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. The Cambridge Companion to International Law. Cambridge University Press: 2015. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-companion-to-international-law/6E60F760CC412C4104E42E66D29FEA79> p.48

normativas gerais significam de fato acaba sendo revelado por uma construção jurídica e política, ao longo do tempo, que não é de fácil explicação<sup>3</sup>.

Essa situação conflituosa é, hodiernamente, bem exemplificada na área dos Direitos Humanos. Após ter adquirido posição incontestável de importância na esfera internacional, os Direitos Humanos passaram a ser utilizados para justificar todas as ações internacionais, mesmo quando conflitantes. Nesse sentido, por questões humanitárias, países como os Estados Unidos defendem uma intervenção militar, na Síria; mas Estados como a Rússia apelam para o auxílio ao governo sírio.

Pela própria característica desses direitos, que são universais, indivisíveis e indisponíveis, é sempre necessário fazer ponderações em sua aplicação. Além disso, devido à grande diversidade da sociedade internacional, muitas vezes é defendida a aplicação da regra da margem de apreciação nacional, como ocorre na Corte Europeia de Direitos Humanos. Por essa razão, conflitos para a definição de normas de Direitos Humanos na esfera internacional são mais complexos do que os internos.

O objetivo geral deste estudo é analisar esse conflito entre normas abstratas e ideais morais no caso Gomes Lund e suas implicações na lei de anistia brasileira. Para tanto, será utilizada a teoria, desenvolvida por Koskenniemi, sobre as relações entre Direito e Política, e os comentários feitos a ela por diversos autores. Será utilizado o método indutivo para, a partir da análise dos casos do STF e da Corte Interamericana sobre a lei de anistia brasileira e em bibliografia sobre o tema, alcançar a comprovação da relação fundamental entre política e direito. A técnica de pesquisa utilizada será exclusivamente bibliográfica.

O trabalho foi organizado em três itens. Em primeiro lugar, será exposta a teoria de Koskenniemi, com base em seu próprio trabalho e em comentários feitos por outros autores. Em segundo, as decisões conflitantes sobre a compatibilidade da lei de anistia

---

<sup>3</sup> “For example, the laws of armed conflict, based on the universally accepted Geneva Conventions of 1949 and the Additional Protocols of 1977, are acceptable to countries because they are permeated by abstract standards such as ‘proportionality’ and ‘reasonableness’ that indicate a willingness to compromise between civilian and military interests while leaving operational decisions to be worked out between the (military, legal and humanitarian) experts on the ground (Kennedy 2006). The pathways from large ideas to concrete institutional practices are often complex and hard to follow.” KOSKENNIEMI, Martti. International law in the world of ideas. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. The Cambridge Companion to International Law. Cambridge University Press: 2015. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-companion-to-international-law/6E60F760CC412C4104E42E66D29FEA79> p.49

brasileira e os Direitos Humanos serão expostas. Por último, será realizada uma tentativa de aplicação dessa teoria no caso brasileiro.

## 2. AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E POLÍTICA

A diferenciação entre Direito Internacional e política sempre foi tratada como uma necessidade para o estabelecimento de uma identidade para a disciplina jurídica. Nesse sentido, repete-se que o Direito Internacional determina como as pessoas devem agir, enquanto a política apenas descreve como os atores agem. Ao contrário da política, o direito deve ser menos dependente de pensamentos subjetivos sobre como deve ser a ordem entre os Estados<sup>4</sup>. A identidade do Direito Internacional estaria em sua objetividade.

Ocorre que o direito sempre acaba por adentrar em descrições factuais, sem uma maior preocupação com o “dever-ser”, e em prescrições políticas, com grande grau de subjetividade. Assim, defender a identidade do Direito Internacional por sua característica de objetividade é estabelecer uma situação temerária, que sempre estará aberta a contra-argumentos, seja por ser mais descritivo ou seja por ser mais subjetivo.

O objetivo da criação do Direito Internacional, bem como o de qualquer outro direito, é o cumprimento com uma função social. Todo direito limita nossas subjetividades e proporciona soluções para problemas sociais. A necessidade da normatividade e da concretude advêm dessa função. A concretude traz a verificabilidade do direito, e a normatividade exclui tudo que não está contido em suas regras. As duas juntas são capazes de imbuir o direito de objetividade, distinguindo-o da política<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> “The fight for an international Rule of Law is a fight against politics, understood as a matter of furthering subjective desires and leading into an international anarchy. Though some measure of politics is inevitable, it should be constrained by non-political rules.” KOSKENNIEMI, Martti. *The Politics of International Law*. *European Journal of International Law*, v1, p.4-32, 1990. P.5

<sup>5</sup> “Organizing society through legal rules is premised on the assumption that these rules are objective in some sense that political ideas, views, or preferences are not. To show that international law is objective - that is, independent from international politics - the legal mind fights a battle on two fronts. On the one hand, it aims to ensure the concreteness of the law by distancing it from theories of natural justice. On the other hand, it aims to guarantee the normativity of the law by creating distance between it and actual state behaviour, will, or interest. Law enjoys independence from politics only if both of these conditions are simultaneously present.” KOSKENNIEMI, Martti. *The Politics of International Law*. *European Journal of International Law*, v1, p.4-32, 1990. P.7

Tentar assegurar a normatividade do Direito Internacional, ao separar suas prescrições das ações dos atores internacionais, é fundamental para que a ciência não seja apenas uma descrição sociológica. Acontece que se essa separação for levada a extremos, é provável que o direito acabe sendo formado apenas por normas utópicas, que não estão baseadas no que os sujeitos internacionais fazem na prática. Assim, além de ser normativo, o direito precisa ter um certo grau de concretude. Ele deve vincular o Estado, sem ter em consideração seu comportamento; mas deve também poder ser verificado na prática, no cotidiano, por referência ao comportamento dos Estados. O risco de um argumento que ressalta a concretude do Direito Internacional, contudo, é que seu conjunto de normas vire apenas uma forma de legitimar atos políticos.

O DI, como a política internacional, surge da motivação política e subjetiva dos Estados. Apesar de ter seu início na política e diplomacia, presume-se que a lei pode ser diferenciada das mesmas. Ela deve ser vinculante independentemente do comportamento do Estado a qual ela se aplica. Se essa separação não existe, a lei adquire uma natureza política.

O direito também não pode ser completamente independente do comportamento dos Estados, ou não iríamos conseguir determiná-lo. Se o direito não estivesse relacionado ao poder e ao fato político, ele seria uma moral natural pré-existente ao comportamento dos Estados. Em seu início, era acreditado que a base do direito estava em uma moral pré-existente. O direito era como uma vontade divina ou um propósito natural. Os autores atuais, porém, não possuem a fé necessária para sustentar essa teoria. O direito virou uma criação artificial, baseada no comportamento concreto dos Estados. Hodiernamente, tentar basear o direito em um propósito natural é visto como uma maneira de tentar impor opiniões políticas subjetivas<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> "If law had no relation to power and political fact, it would be a form of natural morality, a closed normative code which would pre-exist the opinions or interests of individual States. An early scholarship did assume the existence of such a code. For it, the law existed autonomously as divine will or natural purpose and effectively determined what States should will or have a legitimate interest in. But modern scholarship lacks the faith needed to sustain such a code. For it, law is an artificial creation, based on the concrete behaviour, will and interest of States. Attempts to argue on the basis of a natural code are seen as camouflaged attempts to impose the speaker's subjective, political opinions on others." KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia: the structure of international legal argument. Cambridge University Press: 2005. P. 18

Exige-se que o teórico de Direito Internacional assuma o verdadeiro papel de um equilibrista, pois se ele não pode fazer um argumento mais normativo por risco de ser denominado utópico, também não pode fazer um argumento mais apoiado na concretude. Quando os interesses e as vontades dos Estados mudam, o Direito Internacional deve permanecer vinculante. Assim, ele precisa de um certo grau de autonomia perante o comportamento estatal. O teórico deve saber manter seu bastão ora mais para a normatividade e ora mais para a concretude, evitando cair da estreita linha que separa o Direito Internacional da política.

A dualidade entre normatividade e concretude não é uma novidade. O direito é um instrumento político, produzido por parlamentos, mas é também um sistema de padrões vinculantes, que deve ser cumprido independentemente da vontade de seus destinatários<sup>7</sup>. Ocorre que no Direito Internacional essa definição é menos clara. Os próprios Estados, que criam o direito, acabam sendo também os aplicadores.

Desde de Vattel, utiliza-se a analogia doméstica, que trata os Estados como indivíduos, que pre-existem ao direito e que são vinculados ao direito que eles mesmo criaram<sup>8</sup>. O problema dessa analogia é que os Estados não estabeleceram órgãos de aplicação do direito. Os próprios Estados são, em geral, os responsáveis pela aplicação do Direito Internacional. Assim, a distinção entre legislação e administração fica confusa. Essa fusão afeta a concretude e a normatividade, tornando difícil uma diferenciação entre o Direito Internacional, a política e a moral.

Sem concretude, o direito não teria conexão com a prática, e não seria possível demonstrar as regras de uma forma tangível, sem fazer referências a uma lei natural. Sem

---

<sup>7</sup> "This duality is hardly a novelty.<sup>9</sup> It is expressed in the standard dichotomy of legislation/adjudication as well as those of process/rule, "progressive development"/"codification", for example. The law is both an instrument of policy and a momentary system of binding standards. As Michel Virally points out, the former encapsulates the legislator's point of view while the latter manifests that of the user's or the lawapplier's. Though the law emerges from politics, it also constitutes "un syste`me normatif complet, autonome et auto-regule' ". KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia: the structure of international legal argument. Cambridge University Press: 2005. p.20

<sup>8</sup> "The way in which the legal mind distinguishes between international law, politics and natural morality assumes the correctness of the two assumptions behind the liberal theory of politics. Since Vattel, lawyers argue about "States-as-individuals" which pre-exist the law among them and which are bound by the law which they themselves have created. Thus, the "domestic analogy" which, while often expressly adopted, is necessarily entailed by the modern system of international law." KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia: the structure of international legal argument. Cambridge University Press: 2005. P.22

normatividade, não haveria uma diferenciação entre o comportamento dos Estados e o direito. Os Estados não estariam obrigados a cumprir padrões que eles não desejassem. Seria apenas uma justificativa para a política. Assim, os juristas acreditam que o direito deve ser uma relação entre normatividade (leis) e concretude (processo).

Assim, a visão de Kelsen vira uma utopia e a visão sociológica de McDougal vira apenas uma justificativa para atos políticos<sup>9</sup>. Qualquer construção extremista é facilmente destruída por argumentos contrários. Logo, o jurista deve ter uma posição intermediária, que consegue manter a identidade do direito, mas que é ciente do cenário extrajurídico da política, moral e história.

Existem duas formas de ver a ordem e a obrigação no âmbito internacional. Primeiramente, é possível considerar que o código internacional é superior ou anterior ao comportamento estatal (argumento descendente). Segundo, é possível partir da vontade do Estado para explicar as obrigações assumidas (argumento ascendente). São duas visões excludentes. O argumento descendente privilegia a normatividade e o ascendente a concretude. Do ponto de vista cada posição, a outra pode ser considerada como muito subjetiva. Para o ascendente, o descendente não consegue demonstrar o conteúdo de suas normas, é muito utópico. Para o descendente, o ascendente é subjetivo por priorizar a vontade dos Estados perante normas objetivas.

Por existir essa contradição, o discurso jurídico internacional precisa tentar encontrar uma forma de compatibilizar as duas visões. Como resultado, tem-se uma argumentação incoerente, que muda de forma constante de visão e está sempre sujeita a críticas. Essa é a base das dinâmicas do argumento jurídico internacional.

Estabelecer um sistema de controle social, com poderes criadores e aplicadores do direito, é uma tarefa política. Acontece que há sempre o risco de os aplicadores de direito utilizarem seu poder para interesses subjetivos. Para evitar isso, as regras jurídicas precisam ser aplicadas de forma neutra e uniforme. A concretude no nível de criação presume a normatividade no nível da aplicação. As Organizações Internacionais possuem um papel

---

<sup>9</sup> KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia: the structure of international legal argument. Cambridge University Press: 2005. P. 21

muito importante na separação entre o direito e a política, mas nem sempre conseguem manter seu equilíbrio.

É possível separar em dois grupos os críticos da juridicidade do Direito Internacional: 1-os que afirmam que é um direito muito dependente da política estatal; 2- os que compreendem que ele é fundado em utopias. Para muitos juristas, essas críticas não importam. Por mais que o Direito Internacional seja, em grande parte, político. O sistema de solução de controvérsias é independente de ideologias políticas. Ele é objetivo, capaz de criar soluções justificáveis para problemas normativos. Para serem justificáveis, essas soluções precisam estar previstas na lei. Acontece que em casos difíceis, como o que será analisado neste artigo, o sistema de solução de controvérsias usa de sua discricionariedade para resolver.

### 3. OS CASOS QUE EXAMINARAM A LEI DE ANISTIA BRASILEIRA

Apesar dos casos abordados trazerem tantos pontos interessantes, o presente item fará uma breve descrição dos dois casos apenas nos pontos que interessam para este artigo. O primeiro ocorreu em 2010, com o exame, pelo STF, da ADPF 153, proposta pelo Conselho Federal da OAB, sobre o não recebimento do art.1º, §1º da lei 6683/79 pela Constituição Federal de 1988, que concede anistia para crimes conexos aos crimes políticos da época da ditadura. O segundo ocorre no mesmo ano e poucos meses após o primeiro. É o caso da Guerrilha do Araguaia, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que objetiva a investigação e sanção de possíveis culpados pelos acontecimentos nessa guerrilha.

#### 3.1. ADPF 153/2010

O Ministro relator, Eros Grau, em seu voto, considerou que o argumento de que o artigo da lei da anistia ofende a dignidade da pessoa humana não é um argumento jurídico<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> “Trata-se, também neste ponto, de argumentação exclusivamente política, não jurídica, argumentação que entra em testilhas com a história e com o tempo.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/por->

É um argumento político. Além disso, o artigo também não ofende o princípio democrático, pois mesmo tendo sido aprovada por um congresso eleito sob a influência de militares ela não precisa da sanção do congresso eleito pelo povo ou de um referendo. Muitas foram as leis aprovadas naquela época que continuam em vigor. Se o argumento do princípio democrático fosse aceito, qualquer legislação produzida antes da Constituição de 1988 não poderia ser recepcionada<sup>11</sup>. Acrescenta também que a anistia foi incorporada pelo Poder Constituinte na Emenda Constitucional n.26 de 1985.

Eros Grau também examina a lei da anistia como uma lei-medida. Essa espécie de lei é imediata e concreta, por isso sua interpretação deve seguir os fatos que encadearam sua concepção e não a realidade atual do país. Assim, a Constituição de 1988 e a legislação internacional não podem afetar leis-medida anteriores a sua elaboração<sup>12</sup>.

O relator conclui que uma revisão da lei de anistia é tarefa do legislativo, pois o judiciário não pode reescrever uma lei<sup>13</sup>.

Em seu voto, a Ministra Carmen Lúcia concorda com o relator e afirma que nem sempre o direito é justo. Conclui que, mesmo que esteja ameaçado o respeito integral a

---

tal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcor-  
daos&url=http://tinyurl.com/jquhrme p.21

<sup>11</sup> “Pois é certo que, a dar-se crédito a eles, não apenas o fenômeno do recebimento – a recepção – do direito anterior à Constituição de 1988 seria afastado, mas também outro, este verdadeiramente um fenômeno, teria ocorrido: toda a legislação anterior à Constituição de 1988 seria, porém exclusivamente por força dela, formalmente inconstitucional.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcor-  
daos&url=http://tinyurl.com/jquhrme](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcor-<br/>daos&url=http://tinyurl.com/jquhrme) P.20

<sup>12</sup> “Anoto a esta altura, parenteticamente, a circunstância de a Lei n. 6.683 preceder a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 – e a Lei n. 9455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura. E, mais, o fato de o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição – preceito que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes – não alcançar, por impossibilidade lógica, anistias consumadas anteriormente a sua vigência.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcor-  
daos&url=http://tinyurl.com/jquhrme](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcor-<br/>daos&url=http://tinyurl.com/jquhrme) P. 37

<sup>13</sup> Eros Grau faz referência a diversos países latino-americanos que realizaram uma revisão de suas leis de anistia, mas o fizeram pelo Poder Legislativo. Ver: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcor-  
daos&url=http://tinyurl.com/jquhrme](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcor-<br/>daos&url=http://tinyurl.com/jquhrme) pp. 39-41

proteção dos direitos humanos, não há nada que o Poder Judiciário possa fazer<sup>14</sup>. Existem certos atos que não podem ser desfeitos pela simples interpretação judicial.

O Ministro Ricardo Lewandowski permite, em parte, a interpretação da lei para possibilitar a persecução penal de agentes repressores do regime, com base, dentre outras legislações, na Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Estatuto de Roma. Para isso, ele utiliza a interpretação do que seria o conceito de crimes comuns conexos aos crimes políticos<sup>15</sup>.

Ayres Britto, em seu voto, diferencia a lei da vontade política do legislador. Ressaltando que a lei é criada com base em um anseio subjetivo, mas que deve ser aplicada de forma objetiva<sup>16</sup>. Partindo de uma análise objetiva e conjugada dos dispositivos sobre anistia, o ministro chega à conclusão de que a mesma não possui caráter amplo, geral e irrestrito. Vota pela procedência parcial da ação para que a anistia não abranja crimes hediondos e aqueles que lhe sejam equiparados.

---

<sup>14</sup> “O disposto no §1º do art. 1º da Lei n. 6683/79 não me parece justo, em especial porque desafia o respeito integral aos direitos humanos. Mas a sua análise conduz-se à conclusão, a que também chegou o Ministro relator, de que também não pode ser alterado, para os fins propostos, pela via judicial. Nem sempre as leis são justas, embora sejam criadas para que o sejam.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcor-daos&url=http://tinyurl.com/jquhrme> P. 92

<sup>15</sup> “Por todo o exposto, pelo meu voto, julgo procedente em parte a presente ação para dar interpretação conforme ao §1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, de modo a que se entenda que os agentes do Estado não estão automaticamente abrangidos pela anistia contemplada no referido dispositivo legal, devendo o juiz ou tribunal, antes de admitir o desencadeamento da persecução penal contra estes, realizar uma abordagem caso a caso (case by case approach), mediante a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, nos moldes da jurisprudência desta Suprema Corte, para o fim de caracterizar o eventual cometimento de crimes comuns com a consequente exclusão da prática de delitos políticos ou ilícitos considerados conexos.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcor-daos&url=http://tinyurl.com/jquhrme> P.129 e 130

<sup>16</sup> “A vontade subjetiva do legislador derramada numa folha de papel chamada lei se transforma numa vontade objetiva, autônoma, própria, desgarrada da subjetiva vontade de quem a fez. Esse é o papel do operador jurídico; todos nós aprendemos isso de cor e salteado.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcor-daos&url=http://tinyurl.com/jquhrme> p.141

Ellen Gracie acompanha o voto do relator, compreendendo que a argumentação pela mudança de interpretação da lei de anistia é mais política do que jurídica<sup>17</sup>.

Celso de Mello, com base na Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes de 1984, na Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura de 1985 e na Convenção americana de direitos humanos de 1969, ressalta o valor da pessoa humana como fundamento da própria ordem político-jurídica do Estado. O ministro relembra três casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Barrios Altos de 2001, Loayza Tamayo de 1998 e Almonacid Arellano e outros de 2006. Para ele, esses casos proclamaram a incompatibilidade da lei de anistia do Peru e do Chile com a Convenção Americana de Direitos humanos por serem leis que concedem anistia apenas para os agentes de repressão. Como a lei de anistia brasileira concedeu a ambas as partes o benefício, ela não pode ser enquadrada nesse tipo de “auto-anistia”<sup>18</sup>. Além disso, a definição e a adoção dos tratados internacionais sobre tortura pelo Brasil ocorreram após a edição da lei de anistia. Logo, esses instrumentos normativos não interferem com a lei brasileira. Vota, portanto, como improcedente o pedido.

Cezar Peluso também afirma que o caso brasileiro não é de auto-anistia, pois adveio de um acordo de toda a sociedade. Não foi um ato unilateral do regime autoritário. É apenas a auto-anistia que é reprovada pelos tribunais internacionais<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> “Trata-se de argumentação política e não jurídica a que rejeita a existência no Brasil da época de uma verdadeira concertação política que permitiu a abertura democrática. Concertação esta da qual a lei de anistia consistiu em uma etapa importante.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUMER+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcor- daos&url=http://tinyurl.com/jquhrme> p.152

<sup>18</sup> “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.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUMER+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcor- daos&url=http://tinyurl.com/jquhrme> p.184

<sup>19</sup> “e quinto lugar, o caso não é de autoanistia, censurada pelos tribunais internacionais. Seria de autoanistia, se tivesse provindo de ato institucional ou de unilateral ato normativo equivalente. Ela proveio de um acordo, como tantos outros celebrados no mundo, e dos quais, só para lembrar caso que me parece mais exemplar, o consumado na África do Sul, que concedeu anistia ainda mais ampla do que a nossa.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível

Gilmar Mendes afirma que a anistia é um ato de caráter eminentemente político e sua amplitude é definida de forma política<sup>20</sup>. Que compreensões morais não podem ser utilizadas para definir quem é ou não anistiado. A lei, com seu caráter objetivo, é a única forma de estabelecer a extensão da anistia concedida<sup>21</sup>. Sobre os tratados internacionais que concederam, posteriormente, imprescritibilidade aos crimes de tortura, o ministro ressalta que o Brasil considera que as normas sobre prescrição são normas de direito material, que não se aplicam aos crimes já praticados.

Por maioria, a Suprema Corte brasileira considerou improcedente o pedido do Conselho Federal da OAB. A lei da anistia seria, entretanto, novamente, analisada, poucos meses depois da decisão do STF; mas, dessa vez, em esfera internacional, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### 3.2. *Caso Gomes Lund e outros v. Brasil*

O caso tinha como objeto a Guerrilha do Araguaia, que foi formada pelo Partido Comunista para combater o regime militar. Essa guerrilha sofreu intervenções, entre 1972 e 1975, do exército, da marinha, da aeronáutica, da polícia federal e da militar, formando entre 3 a 10 mil oficiais. Os guerrilheiros presos, foram sepultados na selva. Seus corpos

---

em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jquhrme> p. 210

<sup>20</sup> Fornece, como exemplo, o caso do juiz espanhol Baltazar Garzón, para esclarecer a mistura entre o direito e a política: “Nos dias recentes, estamos a acompanhar, no plano internacional, a grave crise que está a envolver o Judiciário espanhol, com o Juiz Baltazar Garzón, suspenso cautelarmente de suas funções na Espanha por investigar crimes anistiados. E, de alguma forma, é esse o debate que se coloca: se, ao investigar os crimes anteriores do regime franquista, não teria ele rompido com os seus deveres de juiz, isto é, não teria prevaricado. Desse modo, colocando em xeque esse modelo de pacto ou de compromisso que as Constituições (e, neste caso também, a Constituição espanhola de 1978) traduzem.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jquhrme> P.235 e 236

<sup>21</sup> “Demais disso, as compreensões morais possuem uma relatividade natural, e é própria de sua natureza a ausência de universalidade de seus juízos particulares. Apenas uma análise normativa é apta a qualificar os atos praticados pelo Estado repressor e pelos movimentos opositores.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153 / DF - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENUME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jquhrme> p.240

foram desenterrados, queimados ou jogados em rios, para apagar possíveis evidências. De acordo com a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos, aproximadamente: 50 mil pessoas foram detidas; 20 mil foram torturadas; 354 foram mortas ou estão desaparecidas; 130 foram expulsas; 4684 tiveram seus direitos políticos caçados; centenas de camponeses foram assassinados. Com fundamento na lei 6683/1979, a Lei da Anistia, entretanto, o Estado não investigou, processou ou sancionou os responsáveis.

Apesar de o Brasil ter reconhecido a Corte Interamericana em 1998 e ter declarado que a competência do tribunal seria apenas para fatos posteriores ao reconhecimento, os atos de caráter contínuo ou permanente são um desrespeito contínuo a obrigação internacional. O desaparecimento forçado de pessoas tem início com a privação de liberdade da pessoa e a falta de informação sobre seu paradeiro. Esse ato permanece enquanto o paradeiro da pessoa desaparecida não é informado. Assim, a Corte considerou ter competência para analisar os desaparecimentos forçados<sup>22</sup>.

Sobre a alegação de que os recursos internos não teriam sido esgotados, pois a ADPF n.153 ainda não tinha terminado quando do início do processo, a Corte considerou que essa alegação não tinha sido feita perante a Comissão. Adicionou que mesmo que a preliminar tivesse sido alegada, essa ação ainda não estava regulamentada no início do processo e não poderia ser impetrada pelos particulares. Além disso, é uma ação voltada ao exame de constitucionalidade e não a esclarecer direitos, estabelecer responsabilidades individuais e determinar o paradeiro de desaparecidos.

O Estado brasileiro também alegou que após o julgamento da ADPF 153, a Corte Interamericana teria um papel de quarta instância caso aceitasse julgar novamente o caso. O tribunal internacional entendeu, entretanto, que seu objetivo não era revisar a sentença

---

<sup>22</sup> “Por el contrario, en su jurisprudencia constante este Tribunal ha establecido que los actos de carácter continuo o permanente se extienden durante todo el tiempo en el cual el hecho continúa, manteniéndose su falta de conformidad con la obligación internacional 24. En concordancia con lo anterior, la Corte recuerda que el carácter continuo o permanente de la desaparición forzada de personas ha sido reconocido de manera reiterada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>25</sup>, en el cual el acto de desaparición y su ejecución inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no hayan sido esclarecidos.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf) p. 10

do STF, mas sim verificar se ocorreram violações a Convenção Americana de Derechos Humanos<sup>23</sup>.

A corte considerou que a lei de anistia brasileira é un obstáculo ao deber do Estado de investigar e, se for o caso, sancionar os responsáveis por violaciones graves de derechos humanos<sup>24</sup>. Demonstrou que diversos tribunais superiores de países latino-americanos también tinham relatado a incompatibilidad de suas leis de anistia<sup>25</sup>. Dessa forma, sustentou que o Brasil precisa aplicar a lei de anistia de forma a permitir que as investigaciones e possíveis sanções de graves violaciones de derechos humanos sejam realizadas:

Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Amnistía brasileña que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos. En consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso, ni para la identifica-

---

<sup>23</sup> “En el presente caso, la Corte Interamericana no está llamada a realizar un examen de la Ley de Amnistía en relación con la Constitución Nacional del Estado, cuestión de derecho interno que no le compete, y que fuera materia del pronunciamiento judicial en la Acción de Incumplimiento No. 153 (infra párr. 136), sino que debe realizar el control de convencionalidad, es decir, el análisis de la alegada incompatibilidad de aquella ley con las obligaciones internacionales de Brasil contenidas en la Convención Americana.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf) p. 20

<sup>24</sup> A Corte relembrou outras decisões suas sobre o mesmo assunto e também decisões da Comissão: “En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del cual Brasil forma parte por decisión soberana, son reiterados los pronunciamientos sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía con las obligaciones convencionales de los Estados cuando se trata de graves violaciones a derechos humanos. Además de las decisiones antes mencionadas de este Tribunal, la Comisión Interamericana há concluido, en el presente caso y en otros relativos a Argentina 198 , Chile 199 , El Salvador 200, Haití 201, Perú 202 y Uruguay 203 su contrariedad con el derecho internacional.” p.55 A Corte também demonstrou que o sistema universal de derechos humanos possui posição semelhante: “En el mismo sentido, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos concluyó que las amnistías y otras medidas análogas contribuyen a la impunidad y constituyen un obstáculo para el derecho a la verdad al oponerse a una investigación a fondo sobre los hechos 206 y que son, por lo tanto, incompatibles con las obligaciones que incumben a los Estados en virtud de diversas fuentes de derecho internacional.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf) p.56

<sup>25</sup> Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf) p. 60-64

ción y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana ocurridos en Brasil<sup>26</sup>.

Para a Corte, qualquer lei de anistia que impeça a investigação e a sanção de responsáveis é incompatível com o Pacto de San José da Costa Rica, seja ela uma autoanistia, uma anistia ou um acordo político<sup>27</sup>. Por fim, a Corte conclui que:

El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contenida en su artículo 2, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la misma, como consecuencia de la interpretación y aplicación que le ha dado a la Ley de Amnistía respecto de graves violaciones de derechos humanos. Asimismo, el Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, por la falta de investigación de los hechos del presente caso, así como del juzgamiento y sanción de los responsables, en perjuicio de los familiares de los desaparecidos y de la persona ejecutada indicados en los párrafos 180 y 181 de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 137 a 182 de la misma<sup>28</sup>.

Concluída essa fase inicial de descrição dos casos, será realizada uma análise de ambos por meio da aplicação da teoria sobre a relação entre o Direito Internacional e a política, realizada por Koskeniemi.

---

<sup>26</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf) p. 65

<sup>27</sup> “La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.” CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf) p. 66

<sup>28</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf) p. 116

#### 4. ANÁLISE DOS CASOS SOBRE A LEI DE ANISTIA

A decisão da Corte Interamericana sobre a lei de anistia brasileira gerou discussões entre juristas, como é possível perceber pela posição dos Ministros, inclusive de grandes internacionalistas brasileiros, na decisão do STF. Esses casos em que as decisões de tribunais internacionais são questionadas são chamados de casos difíceis. Nessa espécie de casos, devido aos conceitos abertos e às lacunas, existe maior grau de subjetividade nas decisões, sendo possível imaginar resultados diferentes.

Como foi examinado, os sistemas de solução de controvérsias devem garantir a aplicação objetiva do direito. Dessa maneira, muitos juristas defendem maior rigidez na aplicação do direito. Segundo essa posição, se não existem padrões jurídicos, as alegações não devem ser consideradas. Se a Corte não consegue encontrar uma solução, não é porque o direito é indeterminado. É porque não existem padrões legais. Assim, seria melhor que no presente caso em análise, a Corte não tivesse optado por estender sua jurisdição, ou, pelo menos, tivesse evitado de questionar a interpretação concedida pela lei de anistia brasileira. A sua decisão teria sido errada por fomentar desconfiança nos Estados sobre o sistema interamericano. A maior discricionariedade contida nessa decisão da Corte diminui a previsibilidade dos julgamentos e traz aos Estados medo de que seus interesses não sejam respeitados. Assim, doutrinas que enfatizam o processo criativo da solução de problemas parecem estar em oposição com o objetivo de estabelecimento da ordem jurídica mundial.

Ocorre que a própria jurisprudência a ideia de aplicação automática do direito é controversa. Um exame dos julgados da maioria dos tribunais internacionais revela grande número de decisões que não são aprovadas com unanimidade<sup>29</sup>. É por esse motivo que a doutrina vem reconhecendo que existe uma margem de atuação discricionária. A identidade

---

<sup>29</sup> “Only five of the 51 judgements and one out of the 18 advisory opinions have been unanimous. Many decisions have been accompanied by several and often strongly worded dissenting opinions. In many recent cases of default or non-execution the relevant objections have been formulated in legal terms. While it would be incorrect to say that default or non-execution arises from differing interpretations of the law, in many cases they do receive support from a feeling that the minority opinion – or the opinion foreseeably to be left in the minority – is in some respects a plausible legal opinion.<sup>51</sup> For example, legal opinion remains sharply divided on the correctness of the majority judgement in the South West Africa or the Nuclear Tests (1974) Cases, with respectable lawyers arguing on both sides.” KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia: the structure of international legal argument. Cambridge University Press: 2005. P. 33

da função judicial é respeitada desde que a discricção respeite a lei existente. Apesar de existir uma indeterminação relativa, a determinação dos limites da lei não é prejudicada.

Não existe um consenso sobre qual intensidade de discricção é permitida, mas diversas posições sobre os perigos de uma atuação discricionária por parte da Corte<sup>30</sup>. A discricção é entendida como uma atividade que deve ser exercida dentro da lei. Apesar de ser exigido da Corte uma posição balanceada entre o conservadorismo e a progressividade, os juristas não fornecem conselhos práticos para o uso da discricção. Como usar a discricção sem violar os limites do direito existente?

Apesar de existirem diversos métodos que limitam a presença da subjetividade nessa espécie de caso, como métodos de interpretação, não há um consenso sobre sua aplicação. A decisão nunca deve pender para seguir apenas o que os Estados querem, mas também não pode ser utópica, apartada da realidade. Essa espécie de confusão também pode ser notada em casos difíceis na ordem interna. O caso em análise apresentou diversos métodos interpretativos por parte dos Ministros, com grandes preocupações em manter o direito apartado da política.

Em geral, a doutrina tenta explicar de duas maneiras a objetividade das decisões de casos difíceis: apenas os contornos da decisão podem ser justificados legalmente, pois o aplicador do direito possui uma margem de subjetividade (visão fraca); as ponderações, em casos difíceis, são controladas pela lei (visão forte). Os juristas modernos costumam adotar a visão fraca, mas Koskenniemi defende que apenas a visão forte consegue separar o argumento político do jurídico<sup>31</sup>.

A visão fraca aceita a existência de lacunas e considera que existem duas posições sobre o que os juízes devem fazer quando se deparam com elas: 1-se uma solução não pode ser alcançada pela aplicação da lei, o jurista deve rejeitar qualquer solução; 2-o juiz deve

---

<sup>30</sup> Ver: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015, pp. 195-238

<sup>31</sup> "In the weak view, objectivity is related only to determining the range of discretion while the strong view extends objectivity even to areas in which it first looked as if the problem-solver had discretion. Modern lawyers commonly adopt the weak view. I shall argue, however, that the strong version is the more plausible one and that even the adherents to the weak version must ultimately adopt it in order to make a distinction between legal and political argument." KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge University Press: 2005. P.42

utilizar seu melhor julgamento para decidir o caso, inclusive por meio do apoio de outras disciplinas. A primeira posição ocorre quando as Cortes fazem distinções entre litígios jurídicos e políticos<sup>32</sup>. Como vimos na decisão do STF, muitos dos Ministros entenderam que a questão era mais política do que jurídica. Logo, deveria ser solucionada pelo Poder Legislativo. Como em Direito Internacional não existe um parlamento central, as decisões não são afastadas dessa maneira como políticas. Na segunda posição, tem-se a Corte legislando em casos de lacuna. Casos que inicialmente não foram previstos pelo sistema, como a análise de situações anteriores a aceitação da jurisdição da Corte, são englobados no regime por meio de julgamentos que utilizam conceitos de outras disciplinas.

Em geral, essa visão fraca considera que é fácil fazer a distinção entre casos difíceis e casos normais. Além disso, ela compreende que os casos difíceis são exceções que raramente acontecem. Qualquer expressão jurídica, entretanto, pode ser afetada por certo nível de indeterminação. Todos os casos podem virar casos difíceis se os Estados justificarem sua ação com a soberania, por exemplo. No caso em questão, até mesmo a aceitação da competência da Corte pode ser analisada como uma decisão difícil. Com a alegação brasileira de que os acontecimentos estão fora da jurisdição da Corte, o Tribunal precisou avaliar em que grau o Brasil concordou em limitar sua soberania. Se o próprio Estado tinha limitado a jurisdição da Corte aos casos de violações após a aceitação, torna-se difícil convencer o mesmo Estado de que ele precisa cumprir decisões sobre casos anteriores.

A segunda versão da visão fraca precisa fazer uma diferenciação clara entre lei e subjetividade, para conseguir diferenciar o direito da política<sup>33</sup>. Para superar esse problema,

---

<sup>32</sup> Koskenniemi utiliza como exemplo o caso do sudoeste africano: "The arguments by judges Spender and Fitzmaurice in the earlier phase of the case are likewise illustrative. They held that the Applicants' arguments had been "no more than motives or reasons for saying that it is politically desirable that the Applicants should be allowed to invoke Article 7 (of the mandate, MK)". These, they held, "cannot have any bearing on the legal issues involved, and these must be our sole concern". South West Africa Case, joint diss. op. Reports 1962 p. 515. As the Court, four years later, took its final position, it seemed to adopt this view." KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia: the structure of international legal argument. Cambridge University Press: 2005. P.42 e 43

<sup>33</sup> Koskenniemi explica que atualmente é extremamente difícil fazer esse tipo de distinção: "Any such distinction, however, seems constantly threatened by the common experience that what once seemed like routine applications of the law have become or can be portrayed as increasingly problematic. While, for example, the meaning of the "High Seas" used to be a relatively clear one, the introduction of the exclusive economic zone (EEZ) as well as other zones of special jurisdiction has made it increasingly uncertain. The same is true of the

a única solução é que a visão fraca incorpore regras sobre o limite da subjetividade. Além disso, o conteúdo dessas regras deve ser regulado por uma visão forte.

Existem quatro tipos de visão forte. A primeira seria uma visão forte formal. Nessa concepção, a indeterminação não é uma ausência de norma. Todo sistema jurídico é completo. É a visão do caso Lotus, que compreende que o Estado é livre para agir de acordo com seu interesse quando não há regra que o restringe. Essa visão cai na apologia ou na utopia<sup>34</sup>.

A segunda concepção da visão forte, entende que alguns padrões materiais inerentes a todos os sistemas jurídicos são aplicados quando surge a indeterminação. Esses padrões são normas de justiça substantiva, como a dignidade da pessoa humana<sup>35</sup>. Essa visão presume a existência de uma justiça natural, sendo vulnerável ao utopismo. Não existe um consenso sobre esses valores naturais. Por mais que soubéssemos qual é a natureza humana ou da comunidade internacional, não podemos retirar normas dessa natureza. O recurso a esses valores apenas aumenta a indeterminação da lei.

Na terceira aceção da teoria, entende-se que as normas devem ser aplicadas para cumprir o seu propósito ou por razões de equidade. Essa aceção pode ser notada na decisão da Corte, que busca sempre o propósito último do Pacto de San José da Costa Rica, que é a máxima proteção aos direitos humanos. Para alcançar essa proteção, a argumentação muitas vezes precisa reler os dispositivos para assegurar uma posição em consonância com as necessidades contemporâneas. Essa releitura fica clara com a

---

general prohibition of the use of force which is rendered ambiguous by the legitimacy accorded to self-defence and forcible struggle for national selfdetermination.” KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia: the structure of international legal argument. Cambridge University Press: 2005. p.44

<sup>34</sup> Explica-se: “In the first place, it is based on a naturalistic principle which prefers State freedom to competing values such as, for example, international order or distributive justice. It encapsulates a morality which seems unjustifiable in any objective way. Kelsen himself admits that the choice between a Statecentre and an international community-centred systematics is a political choice. As such, it is inadmissible under the strong version. But formalism seems inadmissible also because apologist. Any rule application is capable of being understood as an attempt to delimit the disputing States’ freedoms. To say that “freedom” should be given preference fails singularly to indicate which State’s freedom is meant.” KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia: the structure of international legal argument. Cambridge University Press: 2005. P.45

<sup>35</sup> “The ICJ has used arguments from natural justice in, for example, the Corfu Channel Case (1949) to condemn Albania’s inaction in respect of warning foreign vessels about the presence of a minefield in its waters, in the Reservations to the Genocide Convention Case (1951) to interpret a multilateral convention and in the Barcelona Traction Case (1970).” KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia: the structure of international legal argument. Cambridge University Press: 2005. p.46 e 47

necessidade de rejeitar a lei de anistia brasileira para conseguir efetivar o propósito último do tratado. Para evitar o apologismo, essa visão presume que o propósito do tratado não necessita da concordância de cada Estado no momento da aplicação, pois ele possui uma força vinculante autônoma. Koskenniemi aborda a crítica a essa teoria de maneira clara:

But there are three important problems in any such construction. In the first place, if the idea of objective justice is excluded, how can the relevant legislative purpose be discerned? This would require the existence of a rule establishing a hierarchy between the various individual policies involved in law-making. But no such rule exists apart from the formal rule which arose as the direct result of the legislative activity, often an expression of several different purposes. If this rule is indeterminate, there seems to exist no way of objectively ascertaining the overriding policy-consideration which prompted the rule itself. Besides, even if a hierarchy of legislative purposes could be ascertained, such hierarchy could hardly be opposed to a State which does not share it. For in such case we should accept that some subjective policies may override other subjective policies outside the scope of agreed rules. This would conflict with the equality of States and the assumed subjective character of value. To apply “goals and values” against a non-accepting State will ultimately assume the correctness of the objectivist view about morality – in this case a morality about the constraining force of majority will or general interest. Such objectivism, however, will remain vulnerable to the standard criticisms against naturalism.<sup>36</sup>

A última visão, enfatiza o aspecto construtivo das decisões jurídicas e o aspecto autônomo e sistêmico dos conceitos jurídicos. A construção objetiva assegurar a unidade e a efetividade do Direito Internacional. A analogia e os princípios gerais servem para dar coesão ao direito. São os princípios que fornecem às leis coesão sistêmica. A obrigação dos tribunais é de justificar sua argumentação para que ela pareça coerente com o sistema. Esses princípios advêm do próprio sistema. Essa teoria também termina ou na utopia ou na apologia<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge University Press: 2005. P. 51

<sup>37</sup> Ver: KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge University Press: 2005. páginas 55 e 56.

A decisão jurídica é baseada na premissa de que ela consegue alcançar resultados determinados. As razões para mudanças no resultado são procuradas em fatores extra sistêmicos, na incerteza semântica, em mudanças de leis, na incompetência de juízes, em preferências políticas, em mudanças da posição jurídico-filosóficas de juízes. Outra solução também, é considerar que os dois casos são na verdade diferentes. Assim, o Ministro Celso de Mello tenta apartar o caso do Brasil de outras decisões da Corte Interamericana para justificar uma permissão para a lei de anistia.

É possível tentar solucionar a discrepância entre o resultado encontrado pelo STF e o pela Corte Interamericana por meio de diferenças culturais. Apesar do vocabulário jurídico utilizado ser em grande medida igual, o significado semântico das expressões pode variar de acordo com o contexto cultural. Ocorre que, por mais que todas essas diferenças semânticas e de valoração fossem resolvidas, o Direito Internacional continuaria sem capacidade para dar justificações coerentes nessa espécie de caso. A indeterminação deriva da estrutura da própria linguagem jurídica internacional. Como vimos, o discurso jurídico internacional é incoerente por incorporar presunções contraditórias.

Enquanto a Corte Interamericana adotou uma posição de presunção de que as obrigações do Estado derivam um Direito Internacional que antecede a vontade dos Estados, utilizando um argumento descendente, o STF adotou uma argumentação baseada em um Direito Internacional que é construído pela vontade dos Estados, um argumento ascendente. Se a posição da Corte Interamericana pode ser criticada por sua utopia, a posição do STF pode ser considerada apologética.

A grande estratégia usada para a reconciliação dos dois argumentos contraditórios, pela Corte, é o consentimento tácito. A lei é vinculante porque o Estado concordou pela sua conduta, por um discurso anterior, durante os trabalhos preparatórios ou por outro motivo semelhante. Assim, a Corte tentou justificar a extensão de sua jurisdição nesse caso. É assim que a lei parece ser normativa e concreta. Acontece que essa reconciliação é falha. Não é possível dizer que um Estado concordou, se agora ele não aceita. Dizer isso significa que o aplicador do direito tem mais propriedade para dizer sobre a aceitação do Estado do que o próprio Estado ou então que existe um critério para definir quando há aceitação. Das duas maneiras, é preciso considerar que existe uma teoria objetiva de justiça, que retoma a

questão da subjetividade. Como a conciliação é impossível, a doutrina fica transitando entre os dois argumentos. Uma hora enfatiza a concretude e outra a normatividade.

Uma das conclusões possíveis é ver que a decisão judicial é irracional. Se o argumento jurídico pode ser usado para justificar resultados opostos, o direito deixa de ser um discurso estruturado. Mas essa conclusão esquece que os argumentos jurídicos formam um padrão. Os conceitos jurídicos possuem um certo grau de autonomia que não pode ser explicado como apologia ou ideologia. O argumento jurídico segue sim uma lógica que é independente de preferências individuais ou coletivas. Isso não quer dizer que essa lógica é normativa. Pode ser que seja só uma expressão da interação entre ideologias e opiniões políticas. Pode ser também que seja um esforço dos tribunais de não decidir de forma a privilegiar a concretude ou a normatividade<sup>38</sup>.

Essa dificuldade na distinção entre o direito e a política não é uma exclusividade do âmbito internacional. Como é demonstrado pela decisão do STF, enquanto muitos Ministros argumentaram que a questão era meramente política, devendo ser respondida pelo Poder Legislativo, outros defenderam com vigor uma posição pela interpretação da lei de anistia de forma favorável ou não aos agentes repressores.

No Direito Internacional, contudo, essa relação é ainda mais complicada. Por não existir um corpo legislativo universal, a Corte não poderia passar a resolução para outro órgão. Dizer que a solução depende da criação de uma nova norma equivale a dizer que os próprios Estados infratores é que devem dizer o seu direito. Nesses casos, por mais que a lei não esteja clara, existe grande apelo para a atuação do Direito Internacional:

But there is another aspect to this re-imagining. International law increasingly appears as that which resists being reduced to a technique of governance. When international lawyers are interviewed on the Iraqi war, or on

---

<sup>38</sup> “No one is free, and no one can know and even less understand the whole story. When a decision has to be made, it will be based on an incomplete basis by a fallible person. The best we can expect, be it from the members of the Government’s Transitional Justice Working Group or the diplomats that urge it on, is that they exercise judgment to the best of their ability. Judgment can be reconstructed – as in the written judgment in which a judge justifies her ‘hunch’ – but it is not logical. It is, though, informed by law and many of those ‘other’ sciences. And, even more crucially, it should be guided by that sensitivity to false coherence that Martti’s writing has always taught us.” WRANGE, Pal. The Field of Exception/the Field of Exclusion — Reflections for Martti Koskenniemi. EJIL: Debate! Mai. 2009. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-field-of-exceptionthe-field-of-exclusion-reflections-for-martti-koskenniemi/>

torture, or on trade and environment, on poverty and disease in Africa – as they increasingly are – they are not expected to engage in hair-splitting technical analyses. Instead, they are called upon to soothe anxious souls, to give voice to frustration and outrage. Moral pathos and religion frequently fail as vocabularies of engagement, providers of ‘empty signifiers’ for expressing commitment and solidarity. Foreign policy may connote party rule. This is why international law may often appear as the only available surface over which managerial governance may be challenged, the sole vocabulary with a horizon of transcendence – even if, or perhaps precisely because, that horizon is not easily translated into another institutional project. I often think of international law as a kind of secular faith. When powerful states engage in imperial wars, globalisation dislocates communities or transnational companies wreck havoc on the environment, and where national governments show themselves corrupt or ineffective, one often hears an appeal to international law. International law appears here less as this rule or that institution than as a placeholder for the vocabularies of justice and goodness, solidarity, responsibility and – faith.<sup>39</sup>

O Direito Internacional não é o bálsamo que consegue curar todas as mazelas. Talvez tenha chegado o tempo de os juristas internacionais aceitarem a necessidade do discurso político em suas argumentações jurídicas. Uma posição mais aberta por parte das instituições internacionais poderia aumentar a legitimidade de suas decisões, que já não pareceriam ter o mesmo grau de discricionariedade disfarçada<sup>40</sup>.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

<sup>39</sup> KOSKENNIEMI, Martti. The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics. *The Modern Law Review*, v.70, jan. 2007, p 1-30. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.2006.00624.x/full>

<sup>40</sup> Essa parece ser a mesma posição do Koskenniemi e do Ian Scobbie: “Apart from warning of the dangers of answered prayers, St Teresa also prescribed flagellation for the nuns of her reformed Carmelite order in order that they might mortify their flesh: a self-inflicted sacrifice to achieve an intangible goal. Professor Koskenniemi counsels a less painful course for international lawyers to guard against hubris. We must be conscious of what we are doing and why we are doing it and, above all, take responsibility not for the sins of the flesh, but for the sins of our intellect. We cannot blame everything on the “system” when we, in fact, construct it.” SCOBBIIE, Ian. On the road to Avila? A Response to Koskenniemi. *EJIL: Debate!* Mai., 2009. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/on-the-road-to-avila-a-response-to-koskenniemi/>

As discussões sobre a relação entre o Direito Internacional e a política precisam ser revistas. A grande maioria dos casos atuais exigem certo grau de conhecimento de outras áreas, seja casos de direitos humanos, como analisado pelo presente estudo, seja casos de comércio ou outro regime. A complexidade das interações entre sujeitos internacionais e a diferença entre a estrutura interna e a internacional não permite a mesma objetividade na aplicação do direito.

Está claro que a decisão da Corte Interamericana teve um elevado grau de subjetividade. Essa subjetividade pode ter sido o motivo para a decisão ainda não ter sido cumprida, no que se refere a lei de anistia, pelo governo brasileiro. Defender uma decisão mais coerente com os interesses estatais, mais apologética, contudo, também resultaria nas mesmas argumentações sobre subjetividade decisória. É nesse equilíbrio frágil entre decisões mais apologéticas e decisões mais utópicas que o Direito Internacional vai, lentamente, construindo sua estrutura.

O objetivo desse estudo não foi trazer soluções claras sobre os novos parâmetros entre essa relação, mas sim estimular a discussão sobre o tema.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010.** Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf)
- KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: the structure of international legal argument.** Cambridge University Press: 2005.
- KOSKENNIEMI, Martti. International law in the world of ideas. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. **The Cambridge Companion to International Law.** Cambridge University Press: 2015, p. 47-63. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-companion-to-international-law/6E60F760CC412C4104E42E66D29FEA79>.
- KOSKENNIEMI, Martti. The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics. **The Modern Law Review**, v.70, jan. 2007, p 1-30. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.2006.00624.x/full>
- KOSKENNIEMI, Martti. The Politics of International Law. **European Journal of International Law**, v1, p.4-32, 1990.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. XV, 2015, pp. 195-238
- SCOBIE, Ian. On the road to Avila? A Response to Koskenniemi. **EJIL: Debate!** Mai., 2009. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/on-the-road-to-avila-a-response-to-koskenniemi/>
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 153 / DF** - Distrito Federal. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+153%29%28153%2ENOME%2E+OU+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jquhrme>
- WRANGE, Pal. The Field of Exception/the Field of Exclusion — Reflections for Martti Koskenniemi. **EJIL: Debate!** Mai. 2009. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-field-of-exceptionthe-field-of-exclusion-reflections-for-martti-koskenniemi/>

**A ATUAÇÃO DO  
SISTEMA  
INTERAMERICANO  
DE PROTEÇÃO AOS  
DIREITOS  
HUMANOS NO  
CASO FAZENDA  
BRASIL VERDE: AS  
SENTENÇAS  
ESTRUTURANTES  
COMO  
FERRAMENTA NO  
COMBATE AO  
TRABALHO  
ES CRAVO**

**THE INTER-AMERICAN SYSTEM FOR  
THE PROTECTION OF HUMAN  
RIGHTS ACTUATION IN THE  
FAZENDA BRASIL VERDE CASE:  
STRUCTURAL SENTENCES AS A TOOL  
IN THE FIGHT AGAINST SLAVERY**

**DOUGLAS MATHEUS DE  
AZEVEDO<sup>1</sup>**

**FERNANDA PINHEIRO  
BROD<sup>2</sup>**

**RESUMO:** Tendo como pano de fundo a permanência do trabalho escravo no Brasil, resultado direto de pesadas heranças históricas, culminando em nova condenação para o país junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a pesquisa busca examinar a natureza e a legitimidade da sentença ora imposta com o ordenamento interno, visto que esta prevê uma série de medidas passíveis de concretização pelo ente público. Para tanto, num primeiro momento busca-se expor brevemente o contexto social das regiões em que a prática de labor forçado ocorre com maior incidência, o *modus operandi* utilizado pelos fazendeiros para recrutar trabalhadores de regiões pobres e noções gerais acerca do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, vez que este surge no intuito de corrigir deficiências estruturais dos países-membros. Após, analisa-se o caso que deu ensejo à denúncia – Fazenda Brasil Verde -, no intuito de verificar a fundamentação

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul/RS - UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo com bolsa CAPES. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Univates(2014). Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos, vinculado ao CNPq e

coordenado pela professora Pós-Dr<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2014). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2003). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Professora do curso de Direito do Centro Universitário Univates.

por trás das medidas positivas impostas pela Corte Interamericana. Conclui-se, ao fim, que a sentença analisada é de natureza estruturante, isto é, que busca, além da reparação individual das violações, a correção das insuficiências do ente público, em caráter preventivo, através do fortalecimento da normativa interna e das instituições.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Trabalho Escravo; Sentenças Estruturantes; Estudo de caso.

**ABSTRACT:** Having as a background the persistence of moderns forms of slavery in Brazil, direct result of it's historical heritage, which culminated in the comndenation of Brazil by the Inter-American Court on Human Rights, this research seeks to identify the nature and the legitimacy of the sentence imposed by the internal patterns, since it contains several measures that depends of the State for it's concretization. Thus, in a first moment the focus of this research will be a brief exposure of the social context that the regions in which forced labor and slavery are more intense, the *modus operandi* used to recruit those workers from poor regions and general notions regarding the Inter-american System, since it was created to correct structural deficiencies of the member-countries. After that, the Fazenda Brasil Verde case will be analysed – the one that originated the comndenation -, to verify the fundaments used in the positive measures

imposed by the Inter-American Court. The conclusion is that the sentence analysed is of structural nature, which mean it seek's, more than just make individual amends to the victims, but to correct insuficiencies of the State, thus preventing new violations by strengthening the internal institutions

**KEY-WORDS:** Inter-American System for the Protection of Human Rights; Inter-American Court on Human Rights; slavery; Structural Sentences; Case Study.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. FORMAS MODERNAS DE ESCRAVIDÃO, DEFICIÊNCIAS ESTRUTURAIS E O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS. 3. O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: ESTRUTURA INTERNA E SUA IMPORTÂNCIA NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO. 4. ANÁLISE DO CASO FAZENDA BRASIL VERDE E AS SENTENÇAS ESTRUTURANTES. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS

## 1. INTRODUÇÃO

A história do Brasil é marcada por episódios nefastos, sendo a prática da escravidão e suas consequências diretas - que se estendem até os dias de hoje – um dos mais notórios. Os reflexos desse período não só contribuíram para a segregação racial que se estendeu pelo século XX, mascarada pelo mito da democracia racial e pela opressão da ditadura militar, como também concentrou uma grande quantidade de pessoas abaixo da linha da pobreza na região nordeste – local em que a prática da escravidão era mais intensa.

Como resultado direto, essa população, de cor predominantemente preta ou parda e que vive muito abaixo das margens da pobreza, acaba sendo recrutada para trabalhar em fazendas distantes em outros Estados, sob promessas de salário, alimentação, moradia e transporte. Ocorre que a realidade destoa completamente das promessas e os indivíduos acabam endividados, longe de suas casas e obrigados a exercer atividades laborais, sob constantes ameaças de agressão e de morte, bem como impossibilitados de empregar fuga das fazendas situadas em locais ermos.

Tal prática configura forma de escravidão moderna, contando muitas vezes com a conivência do ente público, que realiza fiscalizações inconclusivas, se omite ou protela os processos penais iniciados, extinguido as ações e beneficiando os grandes proprietários, os recrutadores e demais responsáveis. Todas estas situações podem ser verificadas no caso envolvendo a Fazenda Brasil Verde, no qual o Brasil foi recentemente condenado (20/10/2016) pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão pertencente ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH).

A Corte Interamericana procura corrigir insuficiências estruturais nos países-membros, muitas delas resultantes, como já mencionado, de uma pesada herança histórica envolvendo o processo de colonização, dependência econômica e ditaduras militares arquitetadas por nações estrangeiras. Nesse cenário, o estudo aqui realizado procura verificar a natureza e os fundamentos da sentença referente ao caso Fazenda Brasil Verde como forma de analisar sua legitimidade material.

Para tanto, num primeiro momento busca-se apresentar elementos estruturais que consolidarão elementos básicos para a pesquisa, principalmente dados provenientes do

relatório remetido pela Comissão à Corte Interamericana, como os elementos históricos envolvendo a escravidão e as regiões pobres do norte e nordeste brasileiro, de que forma ocorre o recrutamento para o labor forçado nas fazendas e ainda características gerais acerca do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Após, será analisado o caso em que o Brasil figura como réu (Fazenda Brasil Verde), no intuito de verificar a fundamentação utilizada pela Corte IDH e a natureza da sentença em estudo.

## 2. FORMAS MODERNAS DE ESCRAVIDÃO, DEFICIÊNCIAS ESTRUTURAIS E O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

As heranças do período colonial brasileiro ainda se fazem presentes na sociedade contemporânea, muitas vezes encobertas pelos próprios agentes responsáveis por extirpá-las. Um desses legados - e que direciona esta pesquisa - refere-se ao trabalho escravo ou em condições a ele análogas; situação em que muitos indivíduos ainda se encontram inseridos, tanto em centros urbanos como no setor rural, por vezes “presos” ao local em razão de dívidas ilegais criadas pelo empregador. Conforme dados apresentados pela OEA, estima-se que entre 1995-2010 cerca de 40.000 trabalhadores tenham sido libertados de condições análogas à escravidão<sup>1</sup>, ou seja, tal prática ainda configura uma gravíssima mazela nacional.

A escravidão foi uma prática recorrente no Brasil desde os primórdios da colonização pelos portugueses. Inicialmente, a população indígena era obrigada a realizar as atividades dos estrangeiros, mas os nativos não se adaptaram ao trabalho monótono e repetitivo da agricultura<sup>2</sup>, levando os colonizadores a transferirem o fardo aos africanos capturados e comercializados em seu continente natal e trazidos para trabalhar principalmente no cultivo da cana-de-açúcar na região nordeste.

Somente em 1888 o movimento pela erradicação da escravidão atingiu seu objetivo (sendo o Brasil o último país da América Latina a fazê-lo), em parte pelo fato das lavouras

---

<sup>1</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Relatório 169/1**: Caso 12.066 – Fazenda Brasil Verde, 2011, p. 15.

<sup>2</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 58.

não serem mais um investimento muito rentável, perdendo espaço para as indústrias, tornando a mão de obra escrava praticamente obsoleta e de cara manutenção<sup>3</sup>. A abolição, contudo, não trouxe qualquer forma de compensação monetária ou gerou políticas públicas ineficientes de inclusão aos antigos escravos, lhes restando habitar zonas urbanas periféricas e procurar o sustento da forma que fosse possível.

O quadro acima relatado se estende ao longo do século XX, com a persistência do trabalho escravo<sup>4</sup>, tendo como vítimas em sua maioria, os descendentes de africanos ou pardos oriundos da região nordeste - principal destino dos navios negreiros no século passado, em virtude das plantações de cana de açúcar<sup>5</sup>. Isto porque os elevados índices de pobreza e desemprego desses estados faz com que essas pessoas busquem oportunidades em outras regiões, como Pará, Tocantins e Mato Grosso, localidades com maior demanda para o trabalho agropecuário<sup>6</sup>.

Outro motivo que potencializa os índices de trabalho escravo é a concentração de muitas terras na mão de poucos indivíduos. A chamada “Lei de Terras” (1850) permitiu a venda de terras “desocupadas”, mas tão somente as classes mais elevadas da sociedade puderam adquiri-las, obrigando tanto os pobres como os ex-escravos a novamente se submeterem a condições precárias de trabalho, percebendo salários praticamente irrisórios, vez que justamente as atividades do campo concentram o maior número de trabalhadores em condições que afrontam a dignidade do ser humano<sup>7</sup>.

O até então exposto delinea o plano de fundo que originou a violação aos direitos humanos que será analisada na terceira etapa desta pesquisa (Caso 12.066 - Fazenda Brasil Verde) e balizadora do presente estudo. A região norte do Brasil passou por um forte crescimento econômico ao longo do século XX em virtude da exploração da floresta

---

<sup>3</sup> FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**. São Paulo: Dominus, 1965, p. 59 et. seq.

<sup>4</sup> Vale referir que a Corte Interamericana entende que o conceito de escravidão não mais se limita à propriedade sobre uma pessoa, mas a: “i) o estado ou condição de um indivíduo e ii) o exercício de algum dos atributos do direito de propriedade, isto é, que o escravizador exerça poder ou controle sobre a pessoa escravizada ao ponto de anular a personalidade da vítima” In: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde versus Brasil**: sentença de 20 de outubro de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2016, p. 71.

<sup>5</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Op. Cit., p. 13

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including it's causes and consequences: mission to Brazil*. 2010, p. 3.

amazônica, o que acabou atraindo muitos trabalhadores, especialmente do nordeste<sup>8</sup>. Ao longo do mesmo século ocorre a expansão do processo de industrialização da região amazônica, bem como a intensificação do fenômeno da “posse ilegal e adjudicação descontrolada das terras públicas (grilagem)”, também contribuindo para a prática do trabalho escravo em fazendas de empresas privadas ou empresas familiares detentoras de vastas extensões de terra<sup>9</sup>. Não bastasse, no cenário apresentado ainda era deficiente (ou inexistente) a fiscalização do desenvolvimento da região, sendo as autoridades, inclusive, convertidas em aliadas dos latifundiários, consolidando as relações de trabalho ilegais e exploratórias<sup>10</sup>.

Conforme o relatório da OEA, os trabalhadores eram recrutados por “gatos”<sup>11</sup> em seus Estados natais, seduzidos por promessas de emprego assalariado, sendo então conduzidos até as fazendas. Todavia, ao lá chegarem, os trabalhadores descobriam-se endividados em virtude do transporte, alimentação e alojamento, tendo ainda de pagar pela estadia e alimentação nas fazendas e assinar promissórias e/ou contratos em branco, além das práticas laborais insalubres e condições desumanas a que eram submetidos<sup>12</sup>. Em sendo o salário abaixo do prometido, quando não inexistente, as “dívidas” tornam-se impagáveis, e os trabalhadores são advertidos a não abandonar a fazenda antes de quitar os débitos. As tentativas de fuga eram geralmente frustradas, vez que as fazendas situam-se em locais ermos e afastados, contando ainda com capatazes armados que assassinavam ou prendiam aqueles que tentavam evadir o local<sup>13</sup>.

As condições dessas pessoas em pleno limiar do século XX, portanto, eram semelhantes aos dos trabalhadores escravos que abundavam o solo brasileiro um século atrás – quando a prática da escravidão ainda era permitida. No contexto do século XIX, o Estado era conivente com a prática, amparada pela própria legalidade e pela crença de que

---

<sup>8</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Op. Cit., p. 12.

<sup>9</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil**. 2010, p. 62.

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> Gatos seriam, conforme da ONU, os responsáveis pelo aliciamento, transporte e vigilância dos trabalhadores, atuando como intermediários entre os fazendeiros e os indivíduos sendo recrutados para o labor (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Op. Cit., p. 25).

<sup>12</sup> OEA, Op. Cit., p. 14

<sup>13</sup> Idem.

o homem preto era, de alguma forma, inferior ao branco. No cenário atual, o Estado mostra-se ausente, permitindo que trabalhadores das classes mais humildes<sup>14</sup> enriqueçam os grandes detentores de terras ao custo de seu sofrimento, em completa descaracterização do princípio da dignidade humana.

Conforme Belmonte<sup>15</sup>, uma existência digna “é a que permite à pessoa humana, sem discriminação e com preservação dos atributos que compõem a sua integridade física, moral e intelectual, uma atuação individual dotada de vontade livre”, permitindo o desenvolvimento da autonomia espiritual do indivíduo. Assim, sendo o trabalho o “veículo de inserção do trabalhador no sistema econômico e de distribuição de renda, para o fim de proporcionar-lhe o acesso aos bens da vida”<sup>16</sup>, o respeito aos direitos humanos, fundamentais e trabalhistas é o que permitirá a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivando a erradicação da pobreza e da marginalização, com redução das desigualdades sociais e regionais, sendo papel dos direitos humanos e fundamentais proteger o indivíduo de abusos do ente público mas também que este o proteja de abusos advindos de terceiros.

Desse modo, verifica-se, à luz do contexto histórico, que o ente público pode ser tanto conivente com violações aos direitos humanos como negligente à sua proteção e concretização, o que torna relevante a existência do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, situando-se como um direito subsidiário e suplementar ao nacional, buscando superar omissões e insuficiências, constituindo garantia adicional de proteção aos direitos humanos, quando falham as instituições nacionais<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que a situação econômica das vítimas as colocou em uma situação de vulnerabilidade extrema, facilitando a violação, vez que os “Gatos” buscavam pessoas em condições muito específicas. Assim, as vítimas: “eles se encontravam em uma situação de pobreza; provinham das regiões mais pobres do país, com menor desenvolvimento humano e perspectivas de trabalho e emprego; eram analfabetos, e tinham pouca ou nenhuma escolarização (par. 41 supra). Essas circunstâncias os colocava em uma situação que os tornava mais suscetíveis de serem aliciados mediante falsas promessas e enganos. Esta situação de risco imediato para um grupo determinado de pessoas com características idênticas e originários das mesmas regiões do país possui origens históricas [...]” (CORTE IDH, Op. Cit., p. 89).

<sup>15</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. **A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparação das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, liberdade de pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador.** São Paulo: LTR, 2013, p. 25.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>17</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Por tais razões, busca-se a seguir trazer elementos conceituais acerca do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH), em especial da Corte Interamericana, órgão responsável pela condenação no caso Fazenda Brasil Verde. Será analisado, assim, tanto o caminho processual perante o órgão interamericano como breves noções acerca de sua legitimidade ante a dita soberania estatal.

### 3. O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: ESTRUTURA INTERNA E SUA IMPORTÂNCIA NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos origina-se com a Carta da OEA, subscrita durante a XI Conferência Interamericana sediada em Bogotá, entre abril e maio de 1948. Nessa mesma ocasião, mais precisamente em 02/05/1948, foi firmada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, tratando-se, como lembra Coelho<sup>18</sup>, de documento pioneiro, eis que firmado cerca de sete meses antes da Declaração Universal da ONU. Já em 1959, em resolução da Quinta Reunião de Consultas dos Ministros das Relações Exteriores, em Santiago, Chile, foi criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH (OEA, 1959).

É, porém, através da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), de 1969, ou Pacto de São José da Costa Rica, que o sistema americano amplia seu âmbito de proteção, bem como passa a criar mecanismos de operacionalização para garantir a concretização dos princípios estabelecidos, atribuindo novas funções à CIDH e criando a Corte Interamericana de Direitos Humanos - Corte IDH<sup>19</sup>.

No que tange ao funcionamento prático do sistema interamericano, a parte cujo direito é violado recorre à Comissão, reconhecido como espécie de órgão acusador, que verificará a responsabilidade do Estado réu. Durante essa etapa é possível a fixação de um acordo entre o Estado e a Comissão, de modo que o litígio pode ser encerrado nessa fase. Em sendo comprovada a violação e quedando o réu inerte, a CIDH remete o caso à Corte

---

<sup>18</sup> COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos**: A Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>19</sup> Idem.

Interamericana, dando início ao julgamento<sup>20</sup> – o que ocorreu no caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, por exemplo.

Após o recebimento e uma análise preliminar de requisitos fundamentais (com prazo de 20 dias para retificações), o caso será notificado pelo Secretário à Presidência e aos juízes, ao Estado demandado, à Comissão (caso não tenha sido esta a apresentar o caso) e à suposta vítima, seus eventuais representantes ou ao Defensor Interamericano<sup>21</sup>. Feita a notificação à suposta vítima ou seus representantes, estes terão um prazo improrrogável de dois meses, contando da própria notificação, para apresentar à Corte seus argumentos e provas, contendo a descrição fática, as provas organizadas de forma ordenada e associadas aos fatos e a individualização dos declarantes e o objeto de sua declaração e as pretensões gerais, junto de reparações e custas.

O prazo improrrogável de dois meses também se aplica ao Estado denunciado na apresentação de sua contestação, devendo indicar se aceita os fatos e as pretensões descritas pelo demandante ou se as contradiz, oferecer provas de maneira ordenada, fundamentos de direitos, observações referentes às custas e reparações e, por fim, as devidas conclusões. Nesse momento, os demandados poderão, também, apresentar exceções preliminares com a devida fundamentação e anexos probatórios que, contudo, não suspenderão o procedimento de mérito e nem eventuais prazos, sendo também aberto prazo de trinta dias para a Comissão-vítimas-representantes-Estado demandantes apresentarem observações às exceções<sup>22</sup>.

Passa-se, então, ao procedimento oral, realizado por meio de audiências estabelecidas pela presidência da Corte. Durante a audiência, os trabalhos iniciam com a Comissão, expondo os fundamentos do relatório encaminhado à Corte e os motivos do encaminhamento da ação, podendo, ainda, suscitar qualquer outro aspecto considerado relevante para a resolução do caso. Após, serão chamados os declarantes convocados para serem interrogados e, em sequência, lhes será conferida a palavra (ou para seus

---

<sup>20</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>21</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, 2009 (texto digital).

<sup>22</sup> Idem.

representantes) e ao Estado demandado para alegações orais, com direito à réplica e tréplica, findando esta etapa com a apresentação de observações finais pela Comissão<sup>23</sup>.

Nessa etapa pode ocorrer tanto a desistência do caso pelo demandante, ocasião na qual a Corte decidirá, ouvindo todos os intervenientes no processo, sobre sua procedência e efeitos jurídicos, como o reconhecimento, total ou parcial, da violação pela parte demandada, vindo a Corte, igualmente, a se manifestar, em momento processual oportuno, sobre a procedência e os efeitos jurídicos deste reconhecimento. Uma solução amistosa também é possível, bastando as partes litigantes comunicarem a existência de um acordo para solucionar o caso, cabendo à Corte avaliar, igualmente, a procedência e os efeitos jurídicos.

Decidindo a Corte pelo prosseguimento do exame do caso (o que pode ocorrer mesmo diante das situações acima elencadas), a próxima etapa processual é a sentença. A peça deverá conter o nome do presidente da Corte e demais juízes que a proferirem, bem como dos Secretários da instituição; identificação das partes intervenientes no processo e seus representantes; relação dos atos do procedimento; determinação dos fatos; as conclusões da Comissão, das vítimas ou seus representantes, do Estado demandando ou demandante; fundamentação de direito; decisão sobre o caso; o pronunciamento sobre as reparações e as custas, em caso de procedência; o resultado da votação; e a indicação sobre qual a versão autêntica da sentença.

As sentenças serão supervisionadas através de relatórios, que devem ser elaborados pelo Estado condenado, e das observações a tais relatórios pelas vítimas ou seus representantes, que também serão analisadas pela Comissão Interamericana antes da remessa à Corte. A esta cabe, também, o poder de requerer de outras fontes as informações que julgar pertinentes para verificação do cumprimento e o de convocar, quando pertinente, o Estado e os representantes das vítimas a uma audiência para supervisionar o andamento da reparação.

A obrigatoriedade do cumprimento vem disposta no artigo 68 da Comissão Americana, que estabelece o compromisso dos Estados em cumprir com as decisões em que

---

<sup>23</sup> Idem.

figurem como partes. Contudo, como lembra Rojas,<sup>24</sup> a Corte não possui exigibilidade para forçar o cumprimento (ou seja, não há sanção). O dever para com o cumprimento deriva tanto em sentido formal, vez que o Brasil, signatário do Pacto de São José, reconheceu a competência contenciosa da Corte IDH em 10 de dezembro de 1998 (sob a lógica contratual do *pacta sunt servanda*), como em sentido material, pois a Corte IDH, buscando a harmonização entre o direito interno e a Convenção Americana, profere decisões em observância às diretrizes do direito internacional dos direitos humanos.

Vale lembrar, pois, que o sistema interamericano situa-se como um direito subsidiário e suplementar ao nacional, buscando superar omissões e insuficiências, “constituindo garantia adicional de proteção aos direitos humanos, quando falham as instituições nacionais”.<sup>25</sup> Nos casos em que ambos instrumentos (Convenção e Constituição) preverem a proteção a algum direito, cabe a aplicação do dispositivo que oferecer um grau mais adequado de tutela, conforme o princípio da aplicação da norma mais benéfica.

Dessa forma, o SIPDH é uma ferramenta fundamental na tutela e concretização dos direitos humanos, sobretudo na realidade da América Latina – região marcada por uma pesada herança histórica do período colonial, o que culmina em sistemáticas crises sociais, econômicas e políticas, bem como a nociva interferência das nações estrangeiras<sup>26</sup> -, pois se trata de um mecanismo acessível, e que, por essência, desconsidera questões políticas na hora de tecer sua doutrina ou recomendações. Sua atuação, dessa forma, possibilita um engrandecimento das próprias concepções basilares de direitos humanos, especialmente em continentes onde a ditadura congelou por décadas as evoluções e noções desses direitos, e cujas reminiscências ainda servem como embasamento para discursos de relativização desses valores fundamentais ou práticas como o trabalho escravo ou análogo.

---

<sup>24</sup> ROJAS, Claudio Nash. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. 2. ed. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009.

<sup>25</sup> PIOVESAN, Flávia, 2010, Op. Cit., p. 163.

<sup>26</sup> Nesse sentido: “*Las revoluciones norte-americanas, francesas y las de los estados latino-americanos produjeron historicamente resultados diferentes dentro de sociedades diferentes. Se disse que mientras la primera creó una nación y la francesa renovo la sociedad, las revoluciones de América Latina fracasaron, por el contrario, en sus objetivos de modernización políticas, social y económica*”. In TRAVIESO, Juan Antonio. *Historia de los derechos humanos y garantías: análisis en la Comunidad Internacional y en la Argentina*. 3ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005. p. 281.

Observou-se até aqui que: 1) as heranças do colonialismo continuam presentes nos dias hodiernos, de modo que o trabalho escravo ainda é uma realidade para muitos brasileiros situados abaixo da linha da pobreza, por vezes ludibriados pelos proprietários de terras com ofertas de salário e condições dignas, e em outras pela ausência completa de alternativas de manter o próprio sustento de outra maneira; e 2) existe um sistema regional de proteção aos direitos humanos no âmbito latino-americano, atuando em sentido complementar à legislação nacional, cujo principal propósito é o de corrigir insuficiências dos países latino-americanos, especialmente porque estes compartilham de uma herança colonial e, após, ditatorial, responsáveis por consideráveis problemas estruturais que se estendem até os dias de hoje.

Objetiva-se agora inquirir acerca da atuação da Corte IDH para com as violações referentes à prática de trabalho escravo no Brasil. Isto porque o Estado brasileiro, como já mencionado, sendo signatário do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e tendo ratificado a competência contenciosa da Corte Interamericana em 1996, restou, em 2015, denunciado à Corte IDH pela Comissão Interamericana, em virtude da demora/ausência de procedimentos para reparar a situação dos indivíduos em situações críticas do Caso nº 12.066 – Fazenda Brasil Verde, configurando violação à dignidade desses trabalhadores e não sanando o problema, possibilitando e facilitando a vitimização de mais trabalhadores.

#### **4. ANÁLISE DO CASO FAZENDA BRASIL VERDE E AS SENTENÇAS ESTRUTURANTES**

Na condenação brasileira junto à Corte IDH, isto é, caso Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil (2016), a narrativa fática assemelha-se ao padrão apresentado pelos relatórios da OIT no primeiro capítulo: indivíduos de regiões pobres sendo atraídos para o Pará por “gatos” sob a promessa de emprego assalariado. A denúncia ocorreu em 12 de novembro de 1998 pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil) pela omissão e negligência do Estado brasileiro na investigação acerca de

trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde e também pelo desaparecimento de dois jovens – Iron Canuto da Silva e Luis Ferreira da Cruz<sup>27</sup>.

Por sua vez, o Estado brasileiro alegou que as medidas foram praticadas por terceiros particulares; apontou políticas públicas e reformas legislativas adotadas no combate ao trabalho escravo no país; que a complexidade do caso justifica a demora e duração do processo penal; e por fim, apontou sua responsabilidade de meio, e não de fim, no tocante aos adolescentes desaparecidos, ou seja, de realizar buscas, não de encontrá-los<sup>28</sup>. Não obstante, a Comissão Interamericana concluiu pela admissibilidade da petição, conforme artigos 46 e 47 da Convenção Americana, e entende que o Estado brasileiro é responsável por violações a direitos humanos previstos em tratados internacionais.

No tocante à inércia do ente público, vale ressaltar que a primeira denúncia acerca de trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde ocorreu em 1989 – ocasião na qual a Polícia Federal concluiu que não havia prática de trabalho escravo, mas tão somente baixos salários, não havendo abertura de qualquer inquérito.<sup>29</sup> A segunda denúncia, agora mediante a Procuradoria Geral da República ocorreu em 1992, que solicitou diligências à Polícia Federal, resultando na reiteração do relatório de 1989, vez que a situação não havia sofrido alterações substanciais.<sup>30</sup> Novas fiscalizações ocorreram nos anos subsequentes, inclusive pelo grupo móvel do Ministério do Trabalho, sem qualquer resultado concreto, exceto pelo processo penal iniciado em 1997 que, contudo, resultou na extinção da ação penal no tocante ao dono da fazenda, beneficiado pela lei 9.099, e ao “gato” e gerente tocou a prescrição, decorridos 10 anos desde o início do trâmite<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2009, p. 1.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>31</sup> Conforme relatório da OEA: “Em 10 de julho de 2008, mediante sentença judicial, o Juiz Federal da Seção do Pará declarou que, levando em conta que se haviam passado mais de 10 anos desde a apresentação da denúncia, que a pena máxima aplicável era de 8 anos, e que a prescrição da pena era de 12 anos, somente em caso de serem condenados a pena capital não ocorreria a prescrição. O juiz afirmou que era ‘muito improvável’ que fossem condenados a essa pena, razão pela qual a prescrição era ‘inevitável’. Sobre esse ponto, considerou que o processo tinha ‘nascido condenado ao fracasso’ e destacou que com os elementos probatórios contidos na instrução criminal o caso era ‘inútil’. Com base nessas considerações, assim como na ‘falta de ação por parte do Estado, na política criminal e na economia processual’, o juiz decidiu declarar extinta a ação penal contra Raimundo Alves da Rocha e Antônio Alves Vieira” (*Ibidem*, p. 24).

Por fim, a Comissão concluiu que o Estado brasileiro é responsável pelas violações referentes ao trabalho escravo e outras situações degradantes, bem como o desaparecimento dos jovens trabalhadores e a aplicação da prescrição no processo penal.<sup>32</sup> As conclusões da Comissão foram mantidas pela Corte Interamericana, resultando em nova condenação para o Brasil por violações aos artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos e liberdades), 3 (reconhecimento da personalidade jurídica), 5 (direito à integridade pessoal), 6.1 (proibição da escravidão ou servidão), 7 (direito à liberdade pessoal), 11 (proteção da honra e dignidade) e 22 (direito de circulação e residência), além do artigo 19 (direitos da criança), todos da CADH.

Dentre as medidas de reparação impostas, figuram: 1) que o Estado reinicie, de forma diligente, as investigações e/ou processos criminais relacionados à violação; 2) publicação de partes da sentença em veículos públicos de comunicação; 3) adoção de medidas para que a prescrição não seja aplicada no delito de Direito Internacional de escravidão e suas formas análogas e; 4) indenização pecuniária às vítimas.<sup>33</sup>

Do exposto, é possível verificar que a Corte IDH, em sua sentença, trabalha não somente com a reparação individual às partes cujo direito foi lesado, mas também sob uma lógica de prevenção de novas violações e erradicação do trabalho escravo. Assim, as medidas de reparação transcendem as partes diretamente envolvidas, buscando prevenir e corrigir uma deficiência estrutural (cultural, social, jurídica, etc.) vigente no país através de ações positivas do próprio ente público. Conforme a própria fundamentação da Corte IDH:

316. Como fez em outras oportunidades, a Corte reitera que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontre.<sup>34</sup>

A Corte IDH, portanto, trabalha sob a lógica da prevenção de novas violações da mesma natureza. Para tanto, entende que para a garantia do artigo 6.1 da CADH, o Estado deve agir no sentido de prevenir e investigar situações de escravidão, servidão, tráfico de

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>33</sup> CORTE IDH, *Op. Cit.*, p. 109.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 81.

peças e trabalhos forçados, com a prevenção de fatores de risco e fortalecimento das instituições que possam proporcionar respostas efetivas a violações desta espécie. Outrossim, estabelece ainda que o dever de prevenção inclui “todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovem a salvaguarda dos direitos humanos”, assegurando que violações a estes direitos sejam tratadas como fato ilícito e suscetíveis de punição<sup>35</sup>. Cuida-se, pois, de obrigação de meio e não de fim, pois basta que o Estado garanta condições favoráveis à proteção<sup>36</sup>. No caso em estudo, o Estado estava ciente das violações ocorridas na Fazenda Brasil Verde sem, contudo, adotar as medidas necessárias para prevenir ou evitar os resultados.

As decisões da Corte IDH, portanto, amoldam-se ao conceito das “sentenças estruturantes”<sup>37</sup> ou “macro-sentenças”, isto é, aquelas em que os magistrados, ao perceberem que a solução individual do litígio não impedirá futuras violações aos direitos humanos e fundamentais, impõem medidas positivas (no sentido de concretização) aos Estados<sup>38</sup>. Isto porque tais violações possuem sua gênese em questões estruturais do próprio ente estatal, as quais, de modo sistemático, produzem um déficit na proteção a esses direitos, perpetuando as lesões aos direitos humanos e fundamentais.

---

<sup>35</sup> Ibidem, p.84.

<sup>36</sup> De acordo com a jurisprudência da Corte: “[...] um Estado não pode ser responsável por qualquer violação de direitos humanos cometida entre particulares dentro de sua jurisdição. Com efeito, as obrigações convencionais de garantia sob responsabilidade dos Estados não significam uma responsabilidade ilimitada dos Estados frente a qualquer ato ou fato de particulares, pois seus deveres de adotar medidas de prevenção e proteção dos particulares em suas relações entre si se encontram condicionados ao conhecimento de uma situação de risco real e imediato para um indivíduo ou grupo de indivíduos determinado e às possibilidades razoáveis de prevenir ou evitar esse risco. Isto é, mesmo que um ato ou omissão de um particular tenha como consequência jurídica a violação de determinados direitos humanos de outro particular, aquele não é automaticamente atribuível ao Estado, pois deve-se verificar as circunstâncias particulares do caso e a concretização destas obrigações de garantia” (Ibidem, p. 84).

<sup>37</sup> Nomenclatura cuja origem provavelmente remete às *structural injunctions* da jurisprudência estadunidense que aponta, desde meados do século passado, casos em que juízes adotaram medidas para sanar situações graves e generalizadas que se mostravam incompatíveis com a Constituição. OSUNA, Néstor. *Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia*. In: BAZÁN, Victor (Org.). *Justicia Constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. nº 5. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2015, p 92.

<sup>38</sup> Em que pese tais indicativos, nota-se uma crescente tendência ao retrocesso em relação ao enfrentamento ao trabalho escravo no Brasil, verificados através da suspensão do cadastro dos empregadores flagrados utilizando trabalho escravo, do enfraquecimento dos grupos móveis de fiscalização e da redução progressiva do número de auditores fiscais no Brasil, aspectos estes já apontados em nota técnica da Organização das Nações Unidas a respeito do tema. (ONU, 2016, texto digital).

Ainda no âmbito conceitual, Osuna<sup>39</sup> aponta que as sentenças estruturantes são aquelas em que os juízes se afirmam como intérpretes máximos e defensores dos direitos estabelecidos em uma Constituição (ou no caso, a Convenção Interamericana), passando então a impor ações às demais autoridades no intuito de sanar as referidas falhas estruturais e garantir a efetiva tutela desses direitos, prevenindo novas violações. Para tanto, os magistrados vão além das partes envolvidas diretamente no litígio e expedem sentenças que visam resolver o problema generalizado detectado.

No âmbito internacional, Rojas<sup>40</sup> aponta que os sistemas de proteção aos direitos humanos inicialmente centravam sua tutela sob a base de mecanismos estabelecidos para fazer frente às violações massivas a esses direitos, e também àqueles estabelecidos para casos individuais. Contudo, é possível verificar uma outra espécie de abuso aos direitos humanos, que consiste justamente em violações estruturais, cujas condições podem ser jurídicas, culturais e sociais. Assim, a Corte IDH atua como intérprete máxima dos valores erigidos pela Convenção Americana, determinando que os Estados adotem as políticas necessárias para prevenir novas violações aos direitos humanos.

Isto porque, como já referido, tais violações derivam da própria organização estatal, que permite, facilita ou incorre diretamente nos resultados (seja por omissão ou ineficiência de sua atividade). Outrossim, é comum, nos casos de violações estruturais aos direitos humanos, que tais violações se materializem frente à situação de discriminação sistêmica em que se encontram os titulares desses direitos.<sup>41</sup> Desse modo, a condição de vítima, nesses casos, não deriva necessariamente de uma ação ou inação dos afetados, mas do fato de pertencerem a um grupo que sofre exclusão e marginalização social, econômica, política ou cultural.

O autor ainda aponta duas condições que considera necessárias para que os Estados compreendam esse sistema de imposições positivas (entendidas aqui como as próprias sentenças estruturantes) como válido. A primeira refere-se à sensação de que o compromisso assumido é o mesmo que lhe é exigido.

Defende, assim, que os órgãos internacionais fundamentem suas sentenças ou

---

<sup>39</sup> Ibidem, p. 93.

<sup>40</sup> Op. Cit.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 127.

recomendações de forma que esteja claro e explícito que estas estão vinculadas com os compromissos do Estado em termos normativos. Isto é, partindo-se do pressuposto de que quando um Estado ratifica documento internacional, o faz de boa-fé e intenta cumprir as obrigações impostas, de modo que estas exigências não podem ser distintas daquelas adquiridas. Assim, exsurge a importância de que, nestes casos estruturais, *“quede muy claramente establecido el contexto en que se producen las violaciones, ya que será dicha construcción fáctica la que habilite la adopción de medidas de no repetición”*.<sup>42</sup>

O segundo ponto apontado pelo mesmo autor, reside na necessidade de aplicação de padrões estritos em matéria de atribuição de responsabilidade e reparações. Segundo ele, esta atribuição deve ser fundada com base nos fatos, devendo a Corte IDH ter sempre presente a importância do vínculo entre a violação e as medidas estipuladas, isto é, deve restar evidente a relação lógica entre a vítima, a violação e a reparação, havendo, no âmbito das reparações estruturais, um contexto que as justifique.

Em vias de conclusão, são precisas as observações de Abramovich quando aponta que as obrigações positivas tencionam as capacidades dos Estados latino-americanos, pois esta gradual implementação de novas medidas de reparação e deveres de prevenção *“pone en evidencia la brecha entre las expectativas puestas en los Estados por el SIDH y la realidad signada por la debilidad de las instituciones y la ineffectividad de las políticas”*<sup>43</sup>. Ou seja, a plena concretização dos direitos humanos e fundamentais exige instituições com capacidade de planejamento e gestão de políticas, dispondo ainda de recursos humanos e financeiros minimamente adequados, razão pela qual de pouco ou nada adiantam sentenças amplamente normativas, mas que não consideram o grau de capacidade real de satisfação das obrigações impostas do Estado.

Verifica-se, pois, que, por meio do recurso à figura das sentenças estruturantes, a Corte IDH determina aos Estados medidas de diversas naturezas, muitas das quais comprometem as noções clássicas de soberania, envolvendo o orçamento público, ou, ainda, que incidem nas funções de outros poderes. Trata-se, pois, em certa medida, de outra

---

<sup>42</sup> Ibidem, p. 138.

<sup>43</sup> ABRAMOVICH, Víctor. *De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos*. In: **Revista Internacional de Derechos Humanos**. v. 6. n. 11., 2009, p. 21.

instância de judicialização da política, esta não se preocupando apenas com a concretização dos direitos fundamentais ante a inércia política,<sup>44</sup> mas sim determinando reformas institucionais que buscam fortalecer os direitos humanos e prevenir violações futuras – o que é o propósito fim das Constituições modernas, de modo que a sentença da Corte aqui estudada possui legitimidade material.

## 5. CONCLUSÃO

A escravidão em suas formas modernas (como por exemplo servidão por dívidas) continua sendo um problema estrutural brasileiro. O combate a esta prática nefasta, contudo, é muitas vezes encoberto pelo próprio poder público, em acordos com os grandes empresários ou detentores de terras, de modo que os trabalhadores nestas situações encontram-se em uma situação de extrema vulnerabilidade, muitas vezes não tendo sequer a quem recorrer.

Ante as insuficiências da justiça brasileira perante o caso Fazenda Brasil Verde, ocorreu a denúncia dos fatos perante a Comissão Interamericana, que submeteu o caso à Corte Interamericana, vindo esta a julgar o país como culpado pela violação aos direitos humanos ocorrida. Na análise da sentença, é possível verificar uma lógica de dever de prevenção que a enquadra como de natureza estruturante. Isto é, as medidas de reparação impostas ao Estado condenado impõem a adoção de medidas prestacionais visando a solução de deficiências estruturais em suas instituições, buscando erradicar a prática de novas violações e com isso garantindo um grau adequado e eficiente de proteção aos direitos humanos e fundamentais.

Assim, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos acaba não sendo apenas outra instância na qual uma parte pode buscar a garantia de seus direitos, mas uma ferramenta que busca sanar problemas estruturais de países profundamente afetados por

---

<sup>44</sup> Cf. Rojas (Op. Cit., p. 141), “[...] *El diagnóstico de las violaciones estructurales y de derechos humanos tiene un fundamento fuerte en la crítica al poder político y su inmovilismo frente a los temas institucionales, culturales y de falta de actuación y/o coordinación estatales. Las sentencias estructurales en el ámbito nacional y las garantías de no repetición en el internacional pueden ser leídas perfectamente como un intento casi desesperado por movilizar el aparato de poder [...].*”

uma pesada herança histórica, beneficiando especialmente aqueles indivíduos em situação de extrema vulnerabilidade, o que lhe confere também legitimidade material, vez que a erradicação destas situações de evidente descasco com a dignidade da pessoa humana também são um objetivo da Constituição Federal brasileira.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BELMONTE, Alexandre Agra. **A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparação das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, liberdade de pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador.** São Paulo: LTR, 2013.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório anual dos trabalhos da Corte Interamericana de direitos humanos: 2010.** San José: Corte IDH, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde versus Brasil:** sentença de 20 de outubro de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2016. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 10 dez. 2016.
- COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: A Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2008.
- FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes.** São Paulo: Dominus, 1965.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta Internacional de los Derechos del Hombre* (1948). Disponível em <<http://www.un.org/spanish/documents>>. Acesso em: 09 out. 2015.
- \_\_\_\_\_. *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences: mission to Brazil.* 2010. Disponível em: <<<https://www2.ohchr.org>>>. Acesso em 13 jul 2016.
- \_\_\_\_\_. **Trabalho escravo.** Disponível em :<<<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/position-paper-trabalho-escravo.pdf>>>. Acesso em 25 jul 2017.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José) (1969). Disponível em <[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)>. Acesso em: 09 out. 2015.
- \_\_\_\_\_. Relatório 169/1: **Caso 12.066 – Fazenda Brasil Verde.** 2011. Disponível em: <<<https://www.oas.org/>>>. Acesso em 12 jul 2016.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil.** 2010. Disponível em:

<<<https://www.oit.org.br>>>. Acesso em 14 jul 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROJAS, Claudio Nash. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. 2. ed. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009.

\_\_\_\_\_. *Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia"*. In: BAZÁN, Victor(Org). **Justicia Constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales**. nº 5. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2015.

TRAVIESO, Juan Antonio. *Historia de los derechos humanos y garantías: análisis en la Comunidad Internacional y en la Argentina*. 3ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005.

# O BRASIL E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

CHARLOTTA BACK<sup>1</sup>

**RESUMO:** Os países emergentes têm conquistado o reconhecimento internacional por um papel mais ativo na governança global. É inegável que eles vêm trabalhando no sentido de reformar os mecanismos e órgãos multilaterais para uma configuração mundial mais democrática. No entanto, o comprometimento dos emergentes com os sistemas de direitos humanos mostra-se muitas vezes contraditório, na medida em que os compromissos assumidos não se coadunam com outras ações de política externa. Dentro desse contexto, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem sofrido com tensões políticas significativas, principalmente no que concerne ao cumprimento das decisões da Corte Interamericana e das recomendações da Comissão Interamericana.

O Brasil se projeta no cenário internacional com base no respeito ao

direito internacional e ao multilateralismo, e isto se confirma na sua participação junto aos órgãos do Sistema Interamericano, na ratificação do Pacto de San José da Costa Rica em 1992 e no reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana em 1998. Não obstante seu cabal engajamento jurídico, há dois casos emblemáticos em que tal comportamento, a princípio cooperativo, parece não ter se verificado - o caso Gomes Lund e outros vs. Brasil perante a Corte Interamericana e o caso Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu vs. Brasil perante a Comissão Interamericana.

O objetivo deste *paper* é verificar a hipótese de que o Brasil, por interesses de política externa, tem sido seletivo na implementação das decisões dos órgãos interamericanos, seja por razões que envolvem seu paradigma diplomático e suas estratégias de inserção internacional, seja por razões que dizem respeito ao modo como o Brasil se posiciona junto ao próprio SIDH. Na tentativa de comprovar tal hipótese, foram escolhidos os casos mencionados, vistos como possivelmente desviantes das teses comuns sobre a política externa brasileira e sobre o cumprimento por parte do Brasil das decisões dos órgãos interamericanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** SIDH; política externa brasileira; Direitos Humanos; normas.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Ciências Jurídicas e Políticas na Universidad Pablo de Olavide (Espanha); e atualmente faz estágio doutoral no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (Portugal). Mestre em Relações Internacionais pela

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Brasil); Mestre em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento pela Universidad Pablo de Olavide (Espanha).

**RESUMEN:** Los países emergentes han conquistado el reconocimiento internacional por un papel más activo en la gobernanza global. Es indiscutible que ellos vienen trabajando en el sentido de reformar los mecanismos y órganos multilaterales para una configuración mundial más democrática. Sin embargo, el compromiso de los países emergentes con los sistemas de derechos humanos es muchas veces contradictorio, en la medida en que los compromisos asumidos no se coadunan con otras acciones de política externa. Dentro de ese contexto, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha sufrido tensiones políticas significativas, principalmente en el que concierne al cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana.

Brasil se proyecta en el escenario internacional con base en el respeto al derecho internacional y al multilateralismo, y esto se confirma en su participación junto a los órganos del Sistema Interamericano, en la ratificación del Pacto de San José de la Costa Rica en 1992 y en el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana en 1998. No obstante, su cabal responsabilidad jurídica, hay dos casos emblemáticos en que tal comportamiento, a principio cooperativo, parece no haber sido verificado - el caso Gomes Lund y otros vs. Brasil ante la Corte Interamericana y el caso Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu vs. Brasil ante la Comisión Interamericana.

El objetivo de este *paper* es verificar la hipótesis de que Brasil, por intereses de política externa, ha sido selectivo en la implementación de las decisiones de los órganos interamericanos, sea por razones que envuelven su paradigma diplomático y sus estrategias de inserción internacional, sea por razones que dicen respeto al modo como Brasil posicionase junto al propio SIDH. Para comprobar tal hipótesis, fueron elegidos los casos mencionados, los cuales son posiblemente desviantes de las tesis comunes sobre la política externa brasileña y sobre el cumplimiento por parte del Brasil de las decisiones de los órganos interamericanos.

**PALABRAS-CLAVE:** SIDH; política exterior brasileña; Derechos Humanos; normas.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Cumprimento das medidas determinadas pelos órgãos do SIDH. 3. Estudo dos casos. 4. Paradigma do Institucionalismo Pragmático e estratégias de inserção internacional. 5. A presença dos EUA na OEA. 6. O processo de reforma do SIDH de 2011. 7. Posicionamento do Brasil junto ao SIDH. 8. Conclusões. 9. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Os países emergentes têm conquistado o reconhecimento internacional por um papel mais ativo na governança global. É inegável que eles vêm trabalhando no sentido de reformar os mecanismos e órgãos multilaterais para uma configuração mundial mais democrática. No entanto, o comprometimento destes países com as normas de direitos humanos mostra-se muitas vezes contraditório, na medida em que os compromissos assumidos não se coadunam com outras ações de política externa. Dentro desse contexto, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) tem sofrido com tensões políticas significativas, principalmente no que concerne ao cumprimento das decisões da Corte Interamericana (CIDH) e das recomendações da Comissão Interamericana (CmIDH).

O Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) em 1992 e aceitou a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998. Os Estados partes da CADH devem se comprometer 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 (art. 1). Além disso, se o exercício dos direitos e liberdades previstos na Convenção não estiver garantido por disposições legislativas domésticas, os Estados devem adotar, de acordo com as suas constituições e as disposições da CADH, as medidas necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades (art. 2).

Nesse sentido, desde que ratificou a CADH, o Brasil se compromete juridicamente a respeitar os direitos previstos nesse tratado e a promover mudanças legislativas que tornem seu ordenamento jurídico compatível com tais normas. Não obstante seu cabal engajamento jurídico e o seu histórico de progressivo cumprimento, há dois casos emblemáticos em que tal comportamento, a princípio cooperativo, parece não ter se verificado - o caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) e outros vs. Brasil perante a Corte Interamericana e o caso Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu (Usina Hidrelétrica de Belo Monte) vs. Brasil perante a Comissão Interamericana -, ou seja, não há um paralelo automático entre o padrão de comportamento da política externa brasileira, os compromissos internacionais firmados pelo Estado brasileiro e as ações práticas tomadas no campo internacional.

A fim de verificar a hipótese de que o Brasil, por interesses de política externa, tem sido seletivo na implementação das decisões dos órgãos interamericanos, seja por razões que envolvem seu paradigma diplomático e suas estratégias de inserção internacional, seja por razões que dizem respeito ao modo como o Brasil se posiciona junto ao próprio SIDH, o presente *paper* se organizará da seguinte forma: haverá inicialmente a exposição do padrão de cumprimento das decisões advindas do SIDH que vinha sendo estabelecido por parte do Estado brasileiro; posteriormente, será construído um sucinto paralelo entre os dois casos em que o Brasil não implementou as medidas determinadas pelos órgãos interamericanos. Por último, tentaremos comprovar a hipótese inicial de que o Brasil, apesar de ser um país que vinha sendo cooperativo com o Sistema em decorrência da continuidade de seus princípios diplomáticos, na verdade, foi e continua a ser seletivo na implementação das decisões dos órgãos interamericanos.

## 2. CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS DETERMINADAS PELOS ÓRGÃOS DO SIDH

Como foi de praxe nos países que passaram por processos de redemocratização nas Américas nos anos de 1980 e 1990, o Brasil violava de forma frequente as normas procedimentais relativas aos órgãos do SIDH. “Não raro, respondia a graves denúncias com meses de atraso e um parco parágrafo, quase sempre para alegar que os denunciantes não haviam esgotado as vias internas de recurso”<sup>1</sup>.

Com a criação de órgãos dentro da burocracia brasileira especializados nos procedimentos do Sistema das Nações Unidas e do Sistema Interamericano, o Brasil aperfeiçoou seu relacionamento com esses órgãos.

Em 1995, criou-se uma Divisão de Direitos Humanos no Ministério das Relações Exteriores especializada nos sistemas da ONU e da OEA, que passa a ser o órgão que formalmente representa o Brasil nos assuntos de direitos humanos, recebendo todas as comunicações oriundas daquelas organizações internacionais. A Secretaria de Direitos Humanos, que em

---

<sup>1</sup> VENTURA, Deisy. Depois de Belo Monte, Brasil mudou sua postura com a OEA. Entrevista concedida a Raquel Duarte. In: **Jornal Sul 21**, Porto Alegre, 2012, p.5.

2003 alcançou o status de Ministério e vinculou-se diretamente à Presidência da República, também integra a delegação responsável pelas manifestações do Estado brasileiro diante da CMIIDH e da Corte. Apesar de ter sido criada em 1977, apenas na década de 90 essa secretaria assume algum protagonismo nas questões relativas ao contencioso internacional em direitos humanos, tanto no que diz respeito ao litígio propriamente dito, quanto na negociação com os demais órgãos internos com competência para tratar dos temas sendo discutidos internacionalmente. Recentemente, a Advocacia Geral da União também passou a desempenhar um papel na representação brasileira, ficando responsável pela resposta aos argumentos relativos à admissibilidade dos casos, em especial, questões relativas ao esgotamento dos recursos internos. Podemos perceber, assim, uma evolução no Poder Executivo federal com relação à resposta brasileira às demandas internacionais relativas a direitos humanos. Saímos de um estágio de grande desconhecimento em relação ao SIDH, para a criação de uma equipe especializada que passa a responder de forma mais adequada às solicitações<sup>2</sup>.

A partir dos anos 2000 e principalmente durante a chancelaria de Celso Amorim, o Brasil buscou uma postura mais proativa principalmente com relação ao SIDH e, ademais de responder jurídica e politicamente às solicitações, procurou dar “condições para aplicação do artigo 48 (b), da Convenção que determina o arquivamento do caso quando os fundamentos da demanda deixam de existir”. Tal conduta, porém, “não é linear”<sup>3</sup>.

No entanto, o SIDH vinha tendo um reconhecimento político crescente junto ao governo brasileiro principalmente no que concerne ao seu papel de “caixa de ressonância”<sup>4</sup> quanto a violações de direitos humanos e ao seu papel de guia para melhorar políticas públicas. Para Celso Amorim<sup>5</sup>,

os principais temas levados ao sistema interamericano têm relevância direta na vida de grande número de pessoas, como segurança pública, condições carcerárias, racismo, direitos indígenas e proteção de

---

<sup>2</sup> BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como Esfera Pública Transnacional: Aspectos Jurídicos e Políticos da Implementação de Decisões Internacionais. In: **Revista SUR**, São Paulo, v.8, n. 15, p.135-156, 2011., p.142.

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> COUTO, Estêvão Ferreira. Multilateralismo em Direitos Humanos e Política Externa Brasileira na OEA. In: **Cena Internacional**, ano 8, n.1, jun 2006, p. 82-100, p.82.

<sup>5</sup> AMORIM, Celso. O Brasil e os direitos humanos: em busca de uma agenda positiva. In: **Política Externa**, v. 18, n. 2, 2009. São Paulo: Paz e Terra, p. 74.

defensores de direitos humanos. Ao sistema interamericano podem ser atribuídas mudanças concretas em vários países da região, inclusive no Brasil. A política nacional de erradicação do trabalho escravo, a legislação de prevenção e sanção da violência contra as mulheres, conhecida por Lei Maria da Penha, e a mudança do modelo assistencial em saúde mental são exemplos emblemáticos de políticas públicas que têm inspiração em acordos e decisões geradas no âmbito do sistema interamericano.

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da hierarquia dos tratados na ordem constitucional pós Constituição de 1988 avançou na última década principalmente em torno do debate sobre a compatibilidade entre o texto constitucional e a CADH de 1969. A partir das discussões em torno do caso da prisão civil do depositário infiel<sup>6</sup>, passou-se a considerar que os tratados de direitos humanos no Brasil teriam dois status normativos: equiparados a emendas constitucionais, caso aprovados de acordo com o procedimento especial previsto pelo artigo 5º§3º da CF/88, ou supralegais, caso não fossem aprovados pelo procedimento supracitado ou tivessem sido internalizados antes da edição da EC 45/2004<sup>7</sup>.

Portanto, percebe-se que o Brasil, até o caso Gomes Lund perante a CIDH e o caso Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu perante a CmIDH, vinha, aos poucos, criando mecanismos institucionais, políticos e jurídicos para cumprir as determinações advindas do SIDH. O que teria ocorrido especificamente nos casos supracitados para que o governo tomasse decisões que aparentemente se desviam da conduta de cumprimento esperada? A resposta para esta pergunta será tecida nas próximas sessões.

### 3. ESTUDO DE CASOS

Dentre os diversos casos brasileiros perante o SIDH, dois casos específicos despertam interesse por, a princípio, apresentarem discrepâncias em relação às interpretações

---

<sup>6</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n. 466.343/SP**, Relator Ministro Cezar Peluzo, 22/11/2006, DJe 05/06/2009.

<sup>7</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3ª.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

canônicas dos estudos de política externa brasileira. São eles: o caso Gomes Lund e outros vs. Brasil na CIDH, que rendeu uma sentença condenatória contra o Estado brasileiro no ano de 2010; e o caso Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu vs. Brasil na CmIDH, que resultou em uma medida cautelar expedida contra o Brasil em 2011.

Os dois casos se destacam dos demais uma vez que, dentro de uma lógica de continuidade da política externa brasileira, parecem apontar para um possível desvio daquilo que seria esperado dos tomadores de decisão da política externa. Ademais, se levarmos em conta os padrões históricos de conduta do Brasil junto às instituições internacionais e ao multilateralismo, seja o respeito ao direito internacional, seja o estímulo à cooperação, os casos aqui escolhidos nos levam a crer inicialmente que houve uma ruptura no modelo de inserção que o Brasil vinha construindo até então junto aos órgãos do Sistema.

Os casos foram também selecionados pela grande relevância pública que tiveram na sociedade brasileira. Em ambos os casos, o Brasil rechaçou publicamente os órgãos do SIDH e, a partir de então, as temáticas dos direitos coletivos dos indígenas e do direito à memória e à verdade passaram a ser alvos de debates acalorados tanto nos meios políticos como na imprensa; além de serem temas de campanhas e protestos por todo o Brasil. Apesar de o Brasil já ter sido parte em diversas outras demandas junto ao SIDH, foram nestes casos que a Corte e a CmIDH ganharam notoriedade junto ao grande público. Passados alguns anos, as questões políticas, jurídicas e sociais decorrentes destes casos ainda suscitam discussões e controvérsias na academia e nos meios de comunicação, e, em 2016, foram tema de duas novas denúncias junto à Corte, em um caso relativo aos direitos do Povo Indígena Xucuru e em outro referente à morte do jornalista Vladimir Herzog.

Os casos Gomes Lund e Hidrelétrica de Belo Monte, embora se aproximem entre si por se mostrarem distintos dos demais casos, possuem diferenças internas importantes, o que torna o seu estudo em conjunto ainda mais desafiador. A decisão relativa ao caso Gomes Lund foi proferida por uma instituição judicial do SIDH, a Corte Interamericana. Tal decisão é definitiva e obrigatória, ou seja, o Estado brasileiro é obrigado cumpri-la sob pena de poder ser responsabilizado internacionalmente. A decisão relativa ao caso da Hidrelétrica de Belo Monte, por sua vez, é fruto de um pronunciamento da Comissão Interamericana, órgão de caráter consultivo, quase judicial, o qual, a princípio, não seria capaz de constituir formalmente uma obrigação para o Brasil. Essas variações, ao contrário de macularem o

estudo em conjunto, ajudam na busca de uma conclusão comum que demonstre que o não cumprimento das decisões advindas do SIDH não foi retaliação a um órgão interamericano específico e nem esteve adstrito às decisões de apenas um setor do Estado brasileiro.

De acordo com Ventura<sup>8</sup>, a CmIDH e a Corte sempre tiveram papel importante para o Brasil, como pode ser exemplificado pela criação da Lei Maria da Penha. Até os episódios públicos de repúdio a tais órgãos, aparentemente, era compreendido pelo governo brasileiro que o SIDH era algo positivo e que servia de apoio aos objetivos internacionais do Estado. O Brasil nunca tinha reagido de maneira agressiva aos órgãos interamericanos como fez no caso Gomes Lund e no caso Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Para compreendermos as razões que levaram o Brasil a reagir de tal forma com relação ao SIDH dentro de um contexto mundial com múltiplas possibilidades de arranjos de autoridade e de liderança, serão analisadas a seguir as seguintes variáveis que interferem de forma decisiva na ação brasileira: o paradigma do institucionalismo pragmático, as estratégias de inserção dos governos de Lula e de Dilma - a multilateralização dos direitos humanos e os novos arranjos políticos hemisféricos, como o Mercosul e a UNASUL -, e o modo que o Brasil historicamente se posiciona junto ao SIDH.

#### 4. PARADIGMA DO INSTITUCIONALISMO PRAGMÁTICO E ESTRATÉGIAS DE INSERÇÃO INTERNACIONAL

Em primeiro lugar, o Brasil não cumpriu objetivamente as decisões proferidas nos casos em exame porque, devido ao paradigma do institucionalismo pragmático<sup>9</sup>, os formuladores da política externa brasileira se utilizam de algumas premissas básicas do realismo, como a visão do sistema internacional como anárquico, o princípio da autoajuda e a centralidade parcial do Estado nas relações internacionais, para arquitetar estratégias de inserção internacional tipicamente *grocianas*, como a cooperação e a adesão a regimes e

---

<sup>8</sup> VENTURA, Deisy. Depois de Belo Monte, Brasil mudou sua postura com a OEA. Entrevista concedida a Raquel Duarte. In: **Jornal Sul 21**, Porto Alegre, 2012.

<sup>9</sup> PINHEIRO, Letícia. Traídos pelo desejo: um ensaio sobre a teoria e a prática da Política Externa Brasileira contemporânea. In: **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, v.22 n.2, p.305-335, jul/dez 2000.

instituições internacionais. A anarquia internacional, no entanto, não é absoluta, como prevê a escola realista clássica; ela seria permissiva e poderia ser moldada por arranjos de cooperação e por novos concertos normativos.

Essa dinâmica própria da política externa brasileira sugere a existência de uma dualidade no relacionamento do Brasil com os regimes internacionais em geral e, em especial, com o SIDH. O Brasil se mostra como defensor histórico do direito internacional, em razão da agregação progressiva de princípios de política externa como o juridicismo, o respeito às instituições internacionais e a preferência pelo multilateralismo, ao mesmo tempo em que, em algumas ocasiões, age privilegiando o auto interesse estatal. Por atuar tanto sob aspectos pragmáticos como sob aspectos idealistas, em momentos em que as decisões políticas passam pela escolha entre interesses e princípios, verifica-se, de um modo geral, o não cumprimento objetivo de decisões proferidas por instâncias internacionais.

Tal dualidade se mostra mais exacerbada em situações em que o Estado brasileiro é diretamente apontado pelos órgãos internacionais como violador de direitos humanos, e aqueles expedem determinações a serem executadas pelo Brasil. Esta é a situação dos casos em análise: a Corte condenou expressamente o Estado brasileiro pela violação dos direitos humanos dos familiares das vítimas desaparecidas na Guerrilha do Araguaia e determinou que, em razão de a Lei de Anistia contrariar a CADH de 1969, o Brasil deveria invalidá-la. A CmIDH, por sua vez, em seu relatório sobre a Hidrelétrica de Belo Monte, reprovou inequivocamente as condutas do Brasil e determinou que as obras deveriam ser paralisadas de imediato a fim de evitar danos aos direitos das comunidades indígenas locais. Em ambas as situações, o Brasil foi colocado em uma posição em que teria apenas duas opções: cumprir ou não cumprir as determinações do SIDH – não havia espaços para negociações. O debate se torna ainda mais polarizado na medida em que a escolha pelo não cumprimento de tais determinações implica em assumir a continuidade de violações de direitos humanos por parte do governo, o que vai de encontro, mais uma vez, com o rol de princípios da política externa brasileira.

Em segundo lugar, juntamente com o paradigma do institucionalismo pragmático, as estratégias escolhidas pelos governos de Lula e de Dilma, quando confrontadas com os mecanismos do SIDH, têm colocado entraves ao cumprimento de algumas medidas

emanadas daquele Sistema. As estratégias aqui analisadas serão duas: o multilateralismo em direitos humanos e a criação de instituições regionais diferentes da OEA e do SIDH.

O direito internacional descreve as estruturas normativas formais, as atribuições dos Estados e o funcionamento dos organismos internacionais, mas raramente inclui nas discussões elementos políticos próprios da dinâmica das relações internacionais<sup>10</sup>. Tais aspectos, como por exemplo o comprometimento dos Estados com relação aos regimes normativos, a participação dos atores nas organizações e as discussões políticas que circundam as relações entre Estados e organismos internacionais, são essenciais para entendermos a realidade internacional para além dos textos jurídicos. De acordo com Couto<sup>11</sup>, a principal consequência do afastamento da análise política das relações internacionais é que o insucesso

das regras e organizações é atribuído à falta de 'vontade política' dos Estados ou a falhas inerentes à estrutura organizacional", ou seja, "não se perscruta se aquelas regras e organizações estabeleceram de fato uma indivisibilidade entre os membros que as criaram ou uma expectativa mínima de benefícios realizada dentro de um período razoável de tempo.

Para Cançado Trindade<sup>12</sup>, não é possível haver um distanciamento entre o direito internacional e a política, uma vez que o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) é um *corpus juris* com três dimensões: normativa, hermenêutica e operacional. As duas primeiras englobam a construção legal, doutrinária, jurisprudencial e filosófica relativa aos direitos humanos no contexto internacional. A dimensão operacional, por sua vez, se refere aos mecanismos de supervisão ou controle decorrentes daquela construção jurídica, materializados principalmente nas organizações internacionais. É essa última dimensão que mais nos interessa como contribuição para o debate sobre multilateralismo e como

---

<sup>10</sup> COUTO, Estêvão Ferreira. Multilateralismo em Direitos Humanos e Política Externa Brasileira na OEA. In: **Cena Internacional**, ano 8, n.1, jun 2006, p. 82-100.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 85.

<sup>12</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

perspectiva que ultrapassa as fronteiras do direito positivo, adentrando no campo da política internacional<sup>13</sup>.

O DIDH, por meio de sua dimensão operacional, impacta principalmente em duas características do multilateralismo<sup>14</sup>, a indivisibilidade do objeto multilateral e a reciprocidade difusa. Para Couto<sup>15</sup>, os temas multilaterais de direitos humanos amplificam os efeitos da indivisibilidade e reduzem a percepção da reciprocidade difusa por duas razões: primeiro, o DIDH, reforçado por instituições crescentemente reguladoras do tema, gera possibilidades de responsabilização dos Estados pelo tratamento conferido aos seus próprios cidadãos internamente; e, segundo, o DIDH estabelece uma obrigação coletiva para todos os Estados componentes do sistema protetivo dos direitos humanos, fazendo que a violação perpetrada por um Estado no âmbito da sua ordem jurídica interna seja considerada uma violação contra todos os Estados que compõem o sistema, o que habilita qualquer um deles a levantar reclamação contra o violador.

Por um lado, a regulamentação e a sistematização do DIDH transformam os direitos humanos em objeto de interesse e preocupação de todos os Estados. Tanto as violações decorrentes de questões de política internacional, como conflitos interestatais, como as decorrentes de situações de política puramente doméstica, são de responsabilidade dos Estados componentes do sistema internacional e, por isso, estão indivisivelmente ligadas. “Ambas podem ser alçadas ao nível internacional, pois os Estados não assumem obrigações *vis-à-vis* outros Estados, mas em relação aos seres humanos”<sup>16</sup>.

Por outro lado, o DIDH impõe aos Estados o desafio de fazer que a violação dos direitos humanos por parte de um determinado Estado contra pessoas inseridas no âmbito da sua ordem jurídica interna seja considerada uma violação contra todos os Estados, o que habilita qualquer um deles a reagir contra o violador. Nem em um sistema de segurança coletiva, em que as ações e reações possíveis provêm de uma ameaça à “sobrevivência” do

---

<sup>13</sup> COUTO, Estêvão Ferreira. Multilateralismo em Direitos Humanos e Política Externa Brasileira na OEA. In: **Cena Internacional**, ano 8, n.1, jun 2006, p. 82-100.

<sup>14</sup> RUGGIE, John. Multilateralism: the Anatomy of an Institution. In: **International Organization**, v.46, n.6, p.561-74, 1992.

<sup>15</sup> COUTO, Estêvão Ferreira. Multilateralismo em Direitos Humanos e Política Externa Brasileira na OEA. In: **Cena Internacional**, ano 8, n.1, jun 2006, p. 82-100.

<sup>16</sup> *Idem*, p.86.

Estado, o desafio mostra-se tão complicado. A expectativa de reciprocidade difusa, para Couto<sup>17</sup>, “resta então tremendamente diminuída, pois as situações da vida social que precisam estar sob o controle do Estado se ampliam vastamente”. Situações que envolvem direitos humanos, que antes estavam exclusivamente no âmbito interno de controle, passam a ter repercussões internacionais e são alvo de regulação de órgãos que não estão totalmente na esfera de controle dos Estados, como no caso dos órgãos do SIDH.

Portanto,

se, em geral, o multilateralismo coordena as relações entre três ou mais Estados por meio de princípios generalizáveis, estabelecendo entre eles uma indivisibilidade e uma reciprocidade difusa, em matéria de direitos humanos, a indivisibilidade é amplificada e torna-se inescapável, enquanto a reciprocidade torna-se ainda mais difusa, pois as ações do Estado que, em um regime democrático, já eram limitadas pelos direitos inerentes ao indivíduo no plano interno, são restringidas ainda mais por mecanismos internacionais de proteção<sup>18</sup>.

A principal consequência dessa especificidade do multilateralismo em direitos humanos é que este não pode ser visto nem tratado a partir de uma lógica puramente estatal. As políticas nacionais, que, quando o Estado estava fora do sistema multilateral de direitos humanos, eram conduzidas basicamente em função de interesses nacionais, precisam agora incorporar de maneira mais robusta princípios e valores compartilhados no âmbito do sistema coletivo. Os ganhos, que eram medidos concretamente em termos econômicos, políticos ou sociais, passam a demandar novas formas de cálculo que contemplem preocupações antes exclusivas da ordem interna como a legitimidade, liberdades individuais e melhoria de condições de vida da população.

O que parece ter ocorrido nos casos em análise perante a Corte e a Comissão é que o Brasil, ao se deparar com as condenações, se utilizou de uma lógica basicamente estatal e focada nos interesses do governo em detrimento de valores do SIDH e do respeito às instituições internacionais. As ações do governo brasileiro, em ambos os casos, colocam em evidência a forma como o Brasil tem encarado, de um modo geral, as decisões emanadas

---

<sup>17</sup> *Idem*, p.86.

<sup>18</sup> *Idem*.

dos órgãos internacionais. O Brasil, tanto internamente como externamente, se mostra comprometido com a promoção do direito à verdade e à memória e com o patrocínio do direito ao desenvolvimento e à proteção das minorias, temáticas centrais das decisões do caso Gomes Lund e do caso da Hidrelétrica de Belo Monte, respectivamente. No entanto, a efetivação, em maior ou menor grau, de tais direitos é determinada por escolhas feitas por instâncias exclusivamente domésticas, sem que se admita a regulação por órgãos internacionais. Como os casos em tela e suas temáticas geraram e ainda geram muita polêmica no Brasil, as contradições existentes entre a política interna e a política externa e no interior desta última ficaram ainda mais evidentes.

Com a liberalização política no Brasil e a abertura econômica, houve a modificação da natureza da política externa brasileira que, além de representar interesses coletivos no plano mundial, passou a ter que negociar interesses setoriais no plano interno, inserindo-se diretamente no conflito distributivo doméstico. Nesse sentido, o processo de formulação da agenda externa não passa apenas pelo Itamaraty, mas também por outros setores do próprio governo e da sociedade civil, não havendo mais a homogeneidade das escolhas diplomáticas de outrora. Não se pretende aqui defender que a politização da agenda externa seja prejudicial para o Brasil; ela é fruto de um processo democrático e tem se mostrado essencial para que a diplomacia esteja em consonância com as demandas dos representados, já que constitui uma política pública como as demais políticas do governo brasileiro<sup>19</sup>.

A principal consequência da liberalização política e da abertura econômica foi ter modificado a natureza da política externa brasileira que, além de representar interesses coletivos no plano mundial, passa a inserir-se diretamente no conflito distributivo que é resolvido por meio dos mecanismos de representação. O governo passa a ter que negociar interesses setoriais no plano interno, inserindo-se diretamente nos conflitos domésticos. Para Lima<sup>20</sup>, a diluição da fronteira interno-externa tem efeitos democratizantes no processo decisório da política externa.

---

<sup>19</sup> HILL, Christopher. **The Changing Politics of Foreign Policy**. Nova York: Palgrave Macmillan, 2003.

<sup>20</sup> LIMA, Maria Regina Soares de. Instituições democráticas e política exterior. In: **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, v.22, n.2, p. 265-303, jul/dez 2000.

Durante os governos de Lula e de Dilma, o processo de formulação e de implementação da política externa foi marcado por esse cenário, com novos atores que adquirem influência determinante<sup>21</sup>. De um lado, acadêmicos e lideranças ligadas ao Partido dos Trabalhadores passaram a participar da confecção dos programas de governo, sobretudo por meio da assessoria presidencial; e, por outro lado, as agências governamentais e os Ministérios tiveram suas políticas internacionalizadas. Saraiva<sup>22</sup> chama a atenção para essa pluralização de atores no processo de formulação e para o crescimento do debate público sobre a política externa nos marcos da sociedade civil, como movimentos sociais, entidades de classe, organizações não governamentais, entre outros. A politização da política externa sinaliza a existência de uma diversidade de interesses, muitas vezes contraditórios, dentro da sociedade brasileira. Os novos atores nas discussões, como organizações da sociedade civil, redes transnacionais e organizações não governamentais, ao se depararem com entraves à consecução de seus interesses na esfera doméstica acessam mecanismos internacionais, como foi demonstrado pelos casos em estudo.

No entanto, a diplomacia brasileira e os instrumentos políticos do próprio Estado brasileiro ainda não estão totalmente adaptados nem à existência de novos atores sociais que disputam interesses na agenda externa nem aos mecanismos internacionais reguladores. Para um país que tem como traço diplomático histórico a autonomia, esses novos aspectos demandam algum tipo de modificação na organização da diplomacia e nos mecanismos de implementação de decisões internacionais. Nesse sentido, as respostas do Brasil aos órgãos do SIDH nos casos Gomes Lund e Hidrelétrica Belo Monte demonstram que a presença de um conflito político doméstico sobre as temáticas ali discutidas fez que a diplomacia brasileira aderisse ao princípio da autonomia e da soberania em detrimento da implementação das medidas interamericanas.

Ademais, os Estados da região sul americana forjaram um regime regional com vistas a proteger e promover a democracia e os direitos humanos, por meio do Mercosul e da

---

<sup>21</sup> *Idem.*

<sup>22</sup> SARAIVA, Miriam Gomes. A diplomacia brasileira e as visões sobre a inserção externa do Brasil: institucionalistas pragmáticos x autonomistas. In: **Mural Internacional**, Rio de Janeiro, ano I, n.1, jan/jun 2010, p. 45-52.

UNASUL, organizações que estão diretamente sob o controle dos Estados<sup>23</sup>. Em comparação com o SIDH, o regime sul americano é política e juridicamente menos restritivo e menos suscetível a um desenvolvimento autônomo e progressivo, principalmente em razão de os grupos da sociedade civil não terem acesso direto aos órgãos judiciais, como ocorre hoje no SIDH. Nesse contexto, este se tornou um foro cada vez mais marginalizado na discussão dos direitos humanos, da desigualdade, do regime democrático e do desenvolvimento econômico sob justificativas de que aquelas instituições, por estarem mais próximas das sociedades, teriam conhecimento mais profundo e direto da realidade sub-regional, e, por isso, maiores condições de atuar de maneira eficiente.

A manutenção da “guerra ao terror”, a permanência do campo de detenção de Guantánamo e a continuação do apoio à militarização como resposta ao tráfico de drogas pela administração de Barack Obama seriam determinantes para levar os países latino americanos a buscarem novas alternativas de direitos humanos fora da órbita de influência dos EUA<sup>24</sup>. O centro de gravidade do ambiente institucional regional mudou de Washington, sede da CmIDH, para outros foros regionais, tais como a UNASUL, que buscam explicitamente excluir os EUA das discussões. Ademais, muitos países latino americanos olham cada vez mais para fora da própria região em busca de cooperação, como pode ser percebido pela crescente presença político econômica de países como a China, a Índia e a Turquia na região e pela construção de arranjos como o BRICS e o IBAS.

Com relação à posição brasileira frente ao Mercosul e à UNASUL, os governos de Lula e de Dilma consideraram que a diplomacia brasileira tem, nestas instituições, possibilidades e instrumentos mais adequados para ação internacional e para a consecução de interesses nacionais, inclusive no que concerne a temáticas que seriam historicamente atribuições da OEA e do SIDH, como direitos humanos e democracia. Ao retirar a centralidade das discussões de direitos humanos do SIDH e levá-las para organizações regionais, o Brasil, mais uma vez, se utiliza de premissas realistas na sua política externa. O Estado brasileiro

---

<sup>23</sup> ENGSTROM, Par. Brasil: los derechos humanos en la política exterior de una potencia emergente. In: COVARRUBIAS, A; SALTALAMACCHIA, N. (Eds.), **Los derechos humanos y la política exterior de los países de América Latina**. México D.F.: ITAM & Editorial Porrúa, 2011.

<sup>24</sup> ENGSTROM, Par. The Inter-American Human Rights System and U.S.-Latin America Relations. In: **Draft**. London: UCL, Institute of the Americas, out 2013.

demonstra o comprometimento com valores como a proteção dos indivíduos, mas não se despe de preocupações com relação à soberania estatal e às intervenções estrangeiras nas suas estratégias de atuação diplomática.

A multilateralização dos direitos humanos e a criação de instituições regionais, juntamente com a progressiva politização da política externa brasileira, têm consequências políticas na projeção internacional do Brasil. Elas evidenciam tanto a posição atual do país no sistema internacional como manifestam em qual posição ele gostaria de estar neste sistema, ou seja, claramente demonstram que o Brasil não está satisfeito com a dinâmica normativa internacional e que visa modificá-la por meio de seus próprios instrumentos político institucionais<sup>25</sup>.

## 5. A PRESENÇA DOS EUA NA OEA

A América Latina, de acordo com Hirst<sup>26</sup>, foi considerada área de projeção da política externa americana desde a Doutrina Monroe (1823), passando pelo Corolário Roosevelt à Doutrina Monroe (1904) e pela Política da Boa Vizinhança (1933-1945). A criação da OEA, juntamente com o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca<sup>28</sup>, foram a coroação de uma estratégia diplomática no pós Segunda Guerra a fim de garantir a região americana como área de influência dos EUA.

Mesmo antes da existência de uma organização internacional que institucionalizasse a solidariedade e a cooperação hemisféricas, algumas iniciativas parecem ter dado origem ao processo de aproximação dos EUA com a América Latina, como as Conferências Internacionais dos Países Americanos realizadas em Washington (1889), no México (1902), no Rio de Janeiro (1906) e em Buenos Aires (1910). Com o final da Segunda Guerra Mundial, as conferências se intensificam, e os incentivos para integração aumentam no seio dos países da região.

---

<sup>25</sup>ACHARYA, Amitav. **From the Unipolar Moment to a Multiplex World: New World order emerges, one that requires cooperation and ability to build regional ties.** Washington, YaleGlobal Online, 3 July 2014.

<sup>26</sup> HIRST, Monica. **Understanding Brazil-United States Relations.** Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013.

Os EUA são signatários originários da Carta de Bogotá de 1948 e membros fundadores da OEA; no entanto, não são signatários dos tratados de direitos humanos que fundaram o SIDH como a Declaração Americana e o Pacto de San José. Ou seja, os EUA são apenas parte da OEA e, portanto, parte da Comissão Interamericana, mas não se submetem às regras do SIDH nem à jurisdição da Corte Interamericana.

No entanto, é impossível afirmar que a presença de uma potência mundial como os EUA na OEA e nos temas regionais não tenha qualquer impacto na tomada de decisão dos demais países, até mesmo no âmbito do SIDH. Para Engstrom<sup>27</sup>, todo desenvolvimento institucional do SIDH precisa ser estudado inserido no contexto histórico e geopolítico mais amplo das relações entre EUA e América Latina, uma vez que estas sempre moldaram e continuam a influenciar funcionamento do sistema hemisférico.

De acordo com o autor, o SIDH nunca foi uma ferramenta de política externa americana que pudesse ser manejada de forma inequívoca pelos formuladores políticos dos EUA. Isso porque, em primeiro lugar, tal alegação subestimaria o papel dos advogados e diplomatas da América Latina que participaram do desenvolvimento do regime internacional de direitos humanos, tanto no âmbito das Nações Unidas como no das Américas. Por meio de um trabalho de décadas, a criação de instituições de proteção de direitos humanos com mandatos capazes de intervir nos assuntos internos dos Estados não reflete necessariamente as preferências políticas dos EUA.

Em segundo lugar, o SIDH se desenvolveu a partir de uma fórmula clássica de regime intergovernamental para se tornar um espaço político transnacional. O Sistema evoluiu de uma entidade diplomática administrada pelos governos, com um mandato mal definido para promover o respeito pelos direitos humanos na região, para um regime jurídico que permite que os cidadãos movam ações concretas contestando as atividades domésticas de seus próprios governos. A Corte e a Comissão são órgãos independentes investidos de mandatos para responder às reivindicações individuais e julgar se a aplicação das legislações nacionais viola compromissos internacionais.

---

<sup>27</sup> ENGSTROM, Par. The Inter-American Human Rights System and U.S.-Latin America Relations. In: **Draft**. London: UCL, Institute of the Americas, out 2013.

Ademais, segundo Acharya<sup>28</sup>, apesar de o mundo *multiplex* não ser considerado hegemônico, isso não significa que os EUA estão em declínio; o que ocorre é que não estão mais em uma posição que os permita criar regras e dominar as instituições de governança global da forma que fizeram no imediato pós Segunda Guerra. Por coexistirem elementos da antiga ordem hegemônica e elementos de um mundo *multiplex*, os Estados Unidos continuam a ser essenciais no enfrentamento dos desafios transnacionais, mas devem acomodar suas preferências a uma variada gama de atores, incluindo potências emergentes, instituições internacionais, corporações multinacionais assim como aos novos entendimentos e temas, uma vez que tais desafios não podem ser enfrentados pelos EUA de maneira individual.

Por outro lado, são muito comuns na América Latina as percepções de que as instituições latino americanas, incluindo o SIDH, seriam uma extensão da política externa estadunidense e o argumento de que, embora os instrumentos diplomáticos dos EUA tenham mudado ao longo dos anos, a presunção hegemônica dos formuladores da sua diplomacia permaneceu essencialmente constante<sup>29</sup>. Ademais, a continuidade da ideologia expansionista dos Estados Unidos, historicamente consagrada na ideia de “destino manifesto”, justificou e continua a justificar diversas políticas intervencionistas na América Latina por parte de políticos americanos. Tal crença de que a América seria de domínio estadunidense é duradoura e continua a influenciar a legitimidade e a eficácia do SIDH junto aos governos da região.

A disparidade gritante de poder entre os EUA e os países da região combinada com intervenções periódicas, segundo Hurrell<sup>30</sup>, faz que os EUA e sua possibilidade de ação estejam sempre presentes nas mentes dos governos latino americanos - estaria na natureza da hegemonia que ações e reações sejam influenciadas pelas expectativas do que os Estados Unidos podem ou não fazer. Portanto, ainda que se defenda que o SIDH é independente da política externa americana, algumas características atuais do relacionamento entre o

---

<sup>28</sup> ACHARYA, Amitav. **From the Unipolar Moment to a Multiplex World: New World order emerges, one that requires cooperation and ability to build regional ties.** Washington, YaleGlobal Online, 3 July 2014.

<sup>29</sup> ENGSTROM, Par. **The Inter-American Human Rights System and U.S.-Latin America Relations.** In: **Draft.** London: UCL, Institute of the Americas, out 2013.

<sup>30</sup> HURRELL, Andrew. **Security in Latin America.** *International Affairs*, v.74, n.3,1998.

Sistema, os países latino americanos e os EUA continuam a moldá-lo, e estas não podem ser deixadas de lado em uma análise mais profunda.

O primeiro aspecto a ser considerado é o financeiro. A Comissão Interamericana é em grande parte financiada pelo governo americano – a média de contribuição dos EUA gira em torno de 32% do total orçamentário do órgão entre 2011 e 2014, segundo dados da própria CmIDH. Para Engstrom<sup>31</sup>, o fato não significa que a Comissão é totalmente vinculada aos interesses americanos; no entanto, nenhum financiamento ocorre sem algumas amarras. Isso poderia ser visto principalmente no reforço de relatorias especiais que têm como objetivo o estudo de direitos humanos específicos nos países latino americanos. O caso da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão é emblemático nesse sentido, uma vez que tem recebido em torno de 30% de todo orçamento dedicado às relatorias, enquanto as outras unidades recebem entre 6 e 10%, de acordo com dados da CmIDH. Para os analistas, tal relatoria tem sido mais crítica aos países que representam uma ameaça às políticas estadunidenses, como a Venezuela, Equador, Argentina e Bolívia<sup>32</sup>. Essa situação específica reforça ainda mais as rejeições ao SIDH e deslegitima sua independência juntos aos governos latino americanos.

Em segundo lugar, há que se considerar as características de interdependência e desigualdade que historicamente moldam as relações entre os EUA e os países da América Latina. A proximidade de alguns Estados latino americanos com os EUA, especialmente em se tratando da América Central e Caribe, combinada com disparidades dramáticas em termos de riqueza, levaram a apelos e demandas frequentes das elites latino americanas para que os EUA desempenhassem um papel mais ativo no fornecimento de bens coletivos. Isso é realimentado pela dependência comercial e financeira desses países com relação às empresas americanas. A ascensão dos EUA como potência mundial no pós-Segunda Guerra criou expectativas de que haveria uma cooperação mais estreita com a América Latina

---

<sup>31</sup> ENGSTROM, Par. The Inter-American Human Rights System and U.S.-Latin America Relations. In: **Draft**. London: UCL, Institute of the Americas, out 2013.

<sup>32</sup> SERBIN, Andrés; PONT, Andrei Serbin. La política exterior de la República Bolivariana de Venezuela y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como obstáculo. **Pensamiento Proprio**, Buenos Aires, ano 18, n.38, p. 235-254, jul/dez 2013. Disponível em <http://www.cries.org/wpcontent/uploads/2014/01/pp38-2-vf.pdf>

baseada em aspectos e objetivos comuns regionais. No entanto, gradualmente, esta expectativa foi sobreposta por uma ordem regional liberal liderada pelo governo americano.

Nesse sentido, o relacionamento baseado na desigualdade e na interdependência foi reforçado no pós Segunda Guerra principalmente devido ao fato de a América não ser a região prioritária no que diz respeito às políticas econômicas e de segurança dos EUA. Enquanto a Europa recebeu o Plano Marshall e outros tipos de fomento financeiro, a América Latina tem tradicionalmente sido apenas contemplada com medidas de apoio muito limitadas para o desenvolvimento econômico. Esta combinação de desigualdade e interdependência gerou uma “profunda ambivalência” (tradução nossa<sup>33</sup>) nas elites latino americanas no que diz respeito ao papel dos EUA. Ao mesmo tempo em que existem defensores da aproximação com os EUA a fim de tirar o máximo proveito desta situação “privilegiada”, existem também correntes profundas de pensamento político da América Latina que veem todas as iniciativas estadunidenses para a região como irremediavelmente imperialistas. De acordo com Engstrom<sup>34</sup>, é exatamente essa combinação de interdependência e desigualdade que faz que os arranjos políticos regionais sejam tão difíceis de serem totalmente controlados pelos EUA.

Em terceiro lugar, desde os anos de 1990, os EUA têm desempenhado um papel ambíguo de liderança no desenvolvimento do SIDH. A liderança em direitos humanos, toda vez que tentada, é repleta de conflitos e de “sinais desencontrados”, tanto na região e como fora dela (tradução nossa<sup>35</sup>). As alterações sistêmicas no ambiente de segurança no pós 11 de setembro, tiveram

repercussões claramente negativas para os direitos humanos - em termos das violações de direitos humanos cometidas pelos próprios Estados Unidos, mais notavelmente em Guantánamo; em termos do cinismo que a incompatibilidade entre as palavras e os atos dos EUA gerou em toda a região; em termos dos incentivos e do espaço político para que

---

<sup>33</sup> ENGSTROM, Par. The Inter-American Human Rights System and U.S.-Latin America Relations. In: **Draft**. London: UCL, Institute of the Americas, out 2013, p.4, original: “deep ambivalence”.

<sup>34</sup> ENGSTROM, Par. The Inter-American Human Rights System and U.S.-Latin America Relations. In: **Draft**. London: UCL, Institute of the Americas, out 2013.

<sup>35</sup> SIKKINK, Kathryn. **Mixed Signals: U.S. Human Rights Policy and Latin America**. Ithaca: Cornell University Press, 2004, original: “mixed signals”.

outros grupos imitassem a retórica e o comportamento de Washington (tradução nossa<sup>36</sup>).

O ambiente de securitização dos direitos humanos parece cada vez mais institucionalizado. Desde o fim da Guerra Fria, surgem as chamadas intervenções humanitárias justificadas “como um direito de a sociedade internacional intervir em Estados em que ocorrerem, de alguma forma, violações dos direitos mais elementares da população com a anuência do próprio Estado”<sup>37</sup>. No pós 11 de setembro, dois processos indissociáveis e simultâneos foram deflagrados,

no âmbito “interno”, a proteção da lei internacional de guerra e dos direitos humanos perde validade para os cidadãos não americanos: persiste a negação do recurso de *habeas corpus* aos detidos em Guantánamo com a tentativa de “legalização” da detenção indefinida; formam-se as comissões militares para julgar e condenar supostos “combatentes ilegais”, sem as devidas garantias do direito processual, e se reconhecem provas obtidas por meio de tortura e maus tratos<sup>38</sup>.

Muitos foram os comentadores que interpretaram a retórica presidente Barack Obama de restaurar a autoridade moral dos EUA como um compromisso claro e renovado com os padrões internacionais de direitos humanos. No entanto, além de ter falhado na promessa de fechar o campo de detenção de Guantánamo, a administração Obama manteve em curso a “guerra ao terror” o que incluiu, por exemplo, o uso crescente de execuções e assassinatos extrajudiciais comandados por aviões não tripulados, os chamados *drones*. Na América Latina, a administração Obama continuou a apoiar a crescente

---

<sup>36</sup> ENGSTROM, Par; HURRELL, Andrew. Why the Human Rights Regime in the Americas Matters. In: SERRANO, M.; POPOVSKI, V. (Eds.) **Human Rights Regimes in the Americas**. Tokyo: United Nations University Press, 2010, p.48-9, original: “clearly negative repercussions for human rights – in terms of the human rights violations committed by the US itself, most notably in Guantanamo; in terms of the cynicism that the mismatch between US words and US deeds has engendered across the region; in terms of the incentives and political space for other groups to emulate Washington’s rhetoric and behavior”.

<sup>37</sup> NASSER, Reginaldo M. Direitos Humanos e a privatização da violência. In: NASSER, R.M. (Org.) **Novas perspectivas sobre os conflitos internacionais**. São Paulo: Editora UNESP: Programa San Tiago Dantas de Pós-Graduação, 2010, p.41-51, p.44.

<sup>38</sup> *Idem*.

militarização em resposta à violência relacionada com o tráfico de drogas na Colômbia e no México, com diversas implicações terríveis aos direitos humanos<sup>39</sup>.

A forma com que os EUA têm se posicionado com relação aos direitos humanos abre brechas para que outros países da região desrespeitem a autoridade do direito internacional e dos órgãos do SIDH. Como apontam Brant e Leite<sup>40</sup>,

na ausência de um quadro normativo definido e na falta de uma adaptação responsável dos antigos instrumentos disponíveis ao Direito Internacional, desenha-se um grave risco de mutação do próprio direito a partir da substituição progressiva de seus mecanismos institucionalizados, ao jogo das ações unilaterais dos Estados.

Como exposto acima, a influência dos EUA ainda é bastante presente, apesar de sofrer gradual erosão. Tem havido mudanças fundamentais ao longo das últimas décadas, e os atores latino americanos de direitos humanos, tanto não-governamentais e como governamentais, têm desempenhado papel de liderança em mudanças institucionais no SIDH. É notável que, na ausência de liderança moral dos EUA na região, os defensores dos direitos humanos busquem cada vez mais a liderança de outros Estados latino americanos no tema, como ocorre com o Brasil. No entanto, como veremos a seguir, o SIDH é crescentemente contestado pelos Estados da América Latina, principalmente por Estados sul americanos, fenômeno que pode ser observado nos debates sobre processo de reforma ocorrido em 2011.

## 6. O PROCESSO DE REFORMA DO SIDH DE 2011

Ao analisarmos o SIDH, não se pode ignorar as discussões travadas no seio do processo de reforma ocorrido em 2011. As conversas oficiais sobre as possibilidades de modificação dos órgãos do SIDH se iniciaram na 41ª Assembleia Geral da OEA, de junho de 2011, em El Salvador, a qual decidiu empreender um “amplo processo de reflexão sobre o

---

<sup>39</sup> ENGSTROM, Par. The Inter-American Human Rights System and U.S.-Latin America Relations. In: **Draft**. London: UCL, Institute of the Americas, out 2013.

<sup>40</sup> BRANT, Leonardo Nemer; LEITE, Fernanda Mara. Terrorismo internacional e os desafios para o Direito Internacional. In: NASSER, R.M. (Org.) **Novas perspectivas sobre os conflitos internacionais**. São Paulo: Editora UNESP: Programa San Tiago Dantas de Pós-Graduação, 2010, p.65-75, p.68.

Sistema Interamericano de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos”, especialmente no que concerne aos assuntos a seguir: “i) principais desafios enfrentados pelo Sistema Interamericano para promover e proteger os direitos humanos no Hemisfério; ii) possíveis ações para fortalece-lo e aperfeiçoá-lo; e iii) pertinência da convocação de uma Conferência Interamericana sobre Direitos Humanos”<sup>41</sup>.

Logo após o encerramento dos trabalhos da 41ª Assembleia Geral, o Conselho Permanente da OEA decidiu criar um grupo de trabalho especial de reflexão sobre o funcionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o fortalecimento do SIDH. Para Ventura<sup>42</sup>, não obstante o nome do GT, aqueles que vinham acompanhando o processo de reforma, como as organizações da sociedade civil, os acadêmicos e os membros da própria Comissão, desconfiavam que o verdadeiro propósito de tal grupo fosse o enfraquecimento do SIDH. De acordo com Amato, esse objetivo ficou claro com a definição da agenda de trabalho do GT, na qual

somente foram incluídos os temas que evidentemente representam um incômodo para os Estados e não outros que são prioritários para o fortalecimento do SIDH, como o cumprimento e a implementação das decisões, a eleição de autoridades e integrantes tanto da CmIDH como da CrIDH, ou o acesso das vítimas ao sistema, entre outros. Finalmente, a agenda incluiu os seguintes temas: a designação do Secretário Executivo da CmIDH, os desafios e objetivos de médio e longo prazo, as medidas cautelares, os assuntos de procedimento na tramitação de casos e petições individuais, as soluções amistosas, os critérios para construção do Capítulo IV do relatório anual da CmIDH, a promoção dos direitos humanos e o fortalecimento financeiro do SIDH (tradução nossa<sup>43</sup>).

---

<sup>41</sup> ASSEMBLEIA GERAL DA OEA, **Textos Autenticados das Declarações e Resoluções**, v.1, Washington: OEA, 2011, Res. 2675, p.238.

<sup>42</sup> VENTURA, Deisy. Depois de Belo Monte, Brasil mudou sua postura com a OEA. Entrevista concedida a Raquel Duarte. In: **Jornal Sul 21**, Porto Alegre, 2012.

<sup>43</sup> AMATO, Victoria. Una mirada al proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la CIDH, **Aportes DPLf**, Washington, n.16, ano 5, p.4-10, 2012. Disponível em <http://www.dplf.org/uploads/1338931610.pdf>, p.5, original: “solo se incluyeran aquellos temas que evidentemente representan una molestia para los Estados y no otros que son prioritarios para el fortalecimiento del SIDH, como el cumplimiento e implementación de las decisiones, la elección de autoridades e integrantes tanto de la CIDH como de la Corte o el acceso de las víctimas al Sistema, entre otros. Finalmente, la agenda incluyó los siguientes temas: la designación del Secretario Ejecutivo de la CIDH, los desafíos y objetivos de mediano y largo plazo, las medidas cautelares, los asuntos de procedimiento en la tramitación de casos y peticiones individuales, las soluciones amistosas, los criterios para la construcción del Capítulo IV del informe anual de la CIDH, la promoción de los derechos humanos y el fortalecimiento financiero del SIDH”.

Após seis meses de trabalho, o grupo “deu lugar a um grande ‘exercício de catarse’ por parte dos Estados”<sup>44</sup>, no qual diversas críticas à Comissão e às atividades da própria OEA centralizaram os debates. O Equador passou a criticar fortemente a Relatoria para a Liberdade de Expressão, a Venezuela rechaçou decisões da Corte Interamericana sobre seu processo eleitoral, ambos episódios reforçados pelas respostas duras do Brasil às determinações da CmiDH sobre as obras da Hidrelétrica de Belo Monte.

A 42ª Assembleia Geral da OEA, em junho de 2012 em Cochabamba, Bolívia, deu continuidade às críticas sobre o processo de reforma, o que culminou na sugestão, por parte de alguns governos, para a extinção do órgão. O então presidente da Bolívia, Evo Morales, disse na abertura da Assembleia que aquele seria

o melhor momento para reformar a OEA. Criticando as origens da Organização como instrumento dos Estados Unidos desde a sua fundação, Morales considera que existem apenas dois caminhos para a instituição: ‘ou ela morre a serviço do ‘Império’, ou ela renasce para servir aos povos do continente americano’. Outros países também se alinham aos pedidos para uma revisão profunda da entidade. ‘Ou a OEA promove uma reforma ou ela está condenada a desaparecer’, afirmou o ministro das Relações Exterior do Equador, Ricardo Patiño. O chanceler brasileiro Antonio Patriota também manifestou a defesa por ‘reformas que garantam a legitimidade do trabalho da CmiDH e da CriDH. (...) O presidente do Equador, Rafael Correa, convidado por Evo Morales para participar da Assembleia nesta segunda-feira, disse que irá ao evento para denunciar ‘a burocracia internacional que se considera acima dos interesses dos governos’<sup>45</sup>.

As duras críticas ao Sistema, feitas principalmente por países integrantes da Aliança Bolivariana para os Povos de Nossa América, trazem à tona diversos questionamentos sobre a organização do SIDH de um modo geral e sobre o funcionamento da Comissão Interamericana em particular. Tais discussões devem ser levadas em consideração nos

---

<sup>44</sup> VENTURA, Deisy. Depois de Belo Monte, Brasil mudou sua postura com a OEA. Entrevista concedida a Raquel Duarte. In: **Jornal Sul 21**, Porto Alegre, 2012.

<sup>45</sup> BALDERRAMA, Danilo. Comissão de Direitos Humanos gera polêmica em Assembleia da OEA, **RFI**, 04 de junho de 2012. Disponível em <http://br.rfi.fr/americas/20120604-comissaode-direitos-humanos-gera-polemica-em-assembleia-da-oea>

debates que envolvem os posicionamentos nacionais junto ao SIDH porque permitem a observação da atual distribuição de forças políticas na região e a conclusão de que “a América Latina ocupa uma posição fortalecida nas negociações no âmbito da OEA, contrastante com as atávicas relações de domínio e hegemonia exercidas em outro momento”<sup>46</sup>.

Proner<sup>47</sup> observa três alvos principais de críticas: a) as chamadas “críticas de fundo, quanto às relações de dominação e de hegemonia conectadas ao contexto histórico da OEA”; b) as críticas ao funcionamento dos órgãos do SIDH e “às incoerência entre participação e compromisso efetivo com o sistema de direitos humanos”; e c) as “críticas quanto à incapacidade da CmIDH de tratar das reais questões latino americanas, as quais não necessariamente implicam o Estado como potencial agressor dos direitos humanos”.

As chamadas críticas de fundo se relacionam com as transformações por que passam os países da região nas últimas décadas, que podem ser compreendidas a partir da premissa de que a “América Latina vive uma mudança de época, e não uma época de mudança”<sup>48</sup>, que se reporta ao processo de superação do modelo neoliberal pelos países latino americanos e às tentativas de vencer o sistema de dominação neocolonialista e regional, do qual a OEA seria um resquício. Os órgãos do SIDH e o seu funcionamento não estariam acompanhando “as profundas e revolucionárias transformações latino-americanas”<sup>49</sup>, principalmente quando comparados às novas instituições de integração regional, como a UNASUL e a CELAC.

Os Estados que criticam a OEA e o SIDH argumentam que estas instituições estariam em descompasso com as transformações mais recentes, uma vez que preferem privilegiar a burocracia e o tecnicismo em detrimento de temas e discussões importantes e em sintonia com as modificações políticas da região. “Pontualmente, os países da ALBA criticam a falta de uma instância presidencial forte na OEA, e como tal, o Conselho Permanente, instância

---

<sup>46</sup> PRONER, Carol. **Sistema interamericano de direitos humanos precisa ser reformado?** Agência Carta Maior, Internet, 07 jun. 2012. Disponível em <http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Direitos-Humanos/Sistema-Interamericano-de-Direitos-Humanos-precisa-ser-reformado-/5/2528>

<sup>47</sup> *Idem.*

<sup>48</sup> *Idem.*

<sup>49</sup> *Idem.*

máxima da organização, atua à margem das transformações políticas”<sup>50</sup>. Especificamente com relação ao SIDH, a Comissão é criticada por se manter “influenciada e dominada jurídica, institucional e culturalmente pelos países hegemônicos, situação agravada pelo fenômeno dos ‘ONGzismos’”, que se refere a “uma transferência desmedida de confiança da sociedade política à sociedade civil supostamente independente representada pelas ONGs que atuam perante o Sistema Interamericano”<sup>51</sup>.

As críticas com relação ao funcionamento dos órgãos do SIDH e à incoerência entre financiamento, participação e compromisso passa principalmente pelo aspecto orçamentário. Proner lembra que “mais de 90% dos gastos com a entidade são financiados por Estados observadores que não ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos e por entidades que não participam do Sistema Interamericano”, dentre os quais se destacam os Estados Unidos, diversos Estados europeus e organismos e fundações de cooperação internacional. “De fato, não há como negar a incoerência a respeito da independência da entidade com tal nível de dependência econômica para possibilitar seu próprio funcionamento”<sup>52</sup>. A proposta de reforma orçamentaria feita durante o processo de 2011 inclui o financiamento da Comissão por parte dos Estados que efetivamente subscrevem e ratificam a Convenção Interamericana.

Na esteira da incoerência orçamentária, está, evidentemente, a crise de legitimidade decisória por instituições e Estados não comprometidos com o funcionamento da própria Comissão, revelando uma “dupla moral” incompatível com o próprio espírito de um sistema de proteção internacional de direitos humanos. Estados que não ratificaram a Convenção, e que, portanto, não se comprometeram com as normas, valores e princípios do Sistema, têm o poder de decidir a respeito da institucionalidade, das normativas e até a respeito dos salários dos funcionários<sup>53</sup>.

A questão da localização da sede da Comissão Interamericana, em Washington D.C., é mais um ponto de crítica por parte dos Estados latino americanos. Em primeiro lugar, um

---

<sup>50</sup> *Idem.*

<sup>51</sup> *Idem.*

<sup>52</sup> *Idem.*

<sup>53</sup> *Idem.*

dos órgãos mais importantes do Sistema está em um país que, desde a criação, não aceitou participar do Sistema regional de direitos humanos. Em segundo lugar, para ter acesso à Comissão, seja para denunciar violações de direitos, seja para se defender de acusações de violação de direitos humanos, os indivíduos, os Estados e seus representantes precisam adentrar o território estadunidense. Para Proner<sup>54</sup>, tal situação é simbolicamente agressiva em razão do descompromisso histórico dos EUA com o SIDH e, “em alguns casos que tratam de crimes decorrentes de regimes ditatoriais, esse deslocamento até o país do Norte é especialmente ultrajante pela notória colaboração dos EUA em diversos episódios autoritários vividos no continente”.

Devido ao descompasso político e às incoerências de interesses dominantes na CmIDH, um terceiro conjunto de críticas surge e diz respeito à incapacidade do SIDH e da OEA de tratarem de temáticas fundamentais para o presente e para o futuro da região, como as novas formas de violação dos direitos humanos, as quais não decorrem do modelo tradicional que vê o Estado como potencial agressor dos direitos humanos. De acordo com Proner<sup>55</sup>,

em um mundo globalizado economicamente e dominado pelas burocracias privadas, o inimigo aos direitos humanos passa a ser potencialmente outro. Entre as preocupações – constitutivas de direitos e garantias presentes nas novas constituições de alguns países latino-americanos – estão as questões relacionadas à autonomia energética (em permanente ameaça no jogo geoeconomia e capitalista internacional), a mercantilização excessiva e desmedida de bens essenciais para a vida humana, como os fármacos, os alimentos, os produtos químicos que condicionam a produção agrícola, todos submetidos a regras arbitrárias de propriedade intelectual e, um ponto central para os governos progressistas latino-americanos, a apropriação, por parte das burocracias privadas, do discurso de defesa incondicional da liberdade de expressão quando em verdade se está defendendo a liberdade de empresa e a liberdade de extorsão.

Observa-se que os principais desafios por que passa o SIDH nas discussões dos temas de direitos humanos são, em geral, o questionamento da narrativa inequívoca em torno dos

---

<sup>54</sup> *Idem.*

<sup>55</sup> *Idem.*

valores da democracia liberal, e, em particular, o entendimento normativo do caráter que devem ter os regimes democráticos latino americanos, discussão política central na região ao longo da última década. Há um descontentamento generalizado em toda o continente com os resultados da democracia e das reformas do liberalismo econômico. As populações têm exigido mais atenção às agendas sociais e aos modos “participativos” da democracia. Engstrom e Hurrell<sup>56</sup> observam que o SIDH tem tido enormes dificuldades nos seus esforços para promover e proteger os direitos humanos crescentemente ligados a um modelo econômico mais intervencionista, uma vez que há pouco consenso sobre os significados desses direitos, os seus limites e sobre as direções que as mudanças institucionais devem tomar. Tais divergências têm consequências de longo alcance para o SIDH, uma vez que aprofundam a crise de legitimidade por que passam a OEA e os próprios órgãos do Sistema.

Os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, portanto, em razão da expansão da sua burocracia e das suas competências, têm tomado decisões que envolvem, de maneira crescente, temáticas que, a princípio, seriam de competência interna dos Estados. A existência de um espaço no SIDH que pode ser acessado diretamente por indivíduos e organizações da sociedade civil para denúncia de violações de direitos humanos, como a Comissão Interamericana, e a consolidação progressiva de uma jurisprudência por parte da Corte Interamericana reforçam ainda mais a autonomia institucional de tais órgãos.

Os Estados latino americanos que buscam uma inserção internacional crescentemente ativa e independente, principalmente o Brasil e a Venezuela, têm se mostrado incomodados com esse perfil mais autônomo dos órgãos do Sistema. Ao mesmo tempo, a presença dos EUA, potência regional hegemônica, na OEA e nos mecanismos de financiamento do SIDH contamina todo o Sistema com posicionamentos antiamericanos, como pode ser visto nas discussões do processo de reforma de 2011. Politicamente, o SIDH tem perdido a legitimidade principalmente junto aos países sul americanos.

---

<sup>56</sup> ENGSTROM, Par; HURRELL, Andrew. Why the Human Rights Regime in the Americas Matters. In: SERRANO, M.; POPOVSKI, V. (Eds.) **Human Rights Regimes in the Americas**. Tokyo: United Nations University Press, 2010.

## 7. POSICIONAMENTO DO BRASIL JUNTO AO SIDH

Para além das estratégias diplomáticas, o SIDH experimenta uma rejeição histórica dos formuladores da política externa brasileira devido à presença dos EUA nos quadros da OEA e nas negociações dos tratados de direitos humanos. Apesar de os EUA não serem parte da CADH de 1969, não aceitarem a jurisdição da Corte e não explicitarem o papel do SIDH na sua estratégia diplomática, é inegável que a presença de uma potência hegemônica, mesmo que indireta, influencia o imaginário da diplomacia e a tomada de decisão por parte do Brasil. Ademais, a referência indiscriminada à OEA e aos órgãos do SIDH, que termina por ocultar tanto a autonomia como a especialização dos mesmos, os contamina com a imagem negativa da OEA, considerada uma “organização decadente”, constitutiva de uma “zona de influência” dos EUA<sup>57</sup>.

A presença dos EUA implica a possibilidade de constrangimentos para a autonomia da política externa brasileira, diretriz histórica da diplomacia. A presença da maior potência do mundo ao longo de todo o século XX no centro das relações hemisféricas sugere em si mesmo um desafio para o exercício da autonomia nas instituições regionais. Qualquer seja o aspecto da análise das relações hemisféricas, há um ator suficientemente forte para colocar constrangimentos a todas as ações - os Estados Unidos.

Historicamente, as relações entre os EUA e a região latino americana foram marcadas, em maior ou menor grau, por subordinação econômica, vigilância política e repetidas intervenções. No pós Guerra Fria, a combinação de reformas neoliberais, abertura comercial e desregulamentação econômica com o fim do autoritarismo e a consolidação da democracia estimulou o otimismo e a esperança de que um novo padrão de relacionamento menos assimétrico surgiria. Hirst<sup>58</sup> observa que a região latino americana teve baixa

---

<sup>57</sup> VENTURA, Deisy. Depois de Belo Monte, Brasil mudou sua postura com a OEA. Entrevista concedida a Raquel Duarte. In: **Jornal Sul 21**, Porto Alegre, 2012.

<sup>58</sup> HIRST, Monica. **Understanding Brazil-United States Relations**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013.

prioridade estratégica na agenda externa dos EUA neste período, e as negociações para a criação da ALCA foram a única iniciativa que mereceu atenção do governo americano.

No entanto, depois dos atentados de 11 de setembro de 2001, o cenário se modificou. O fato de a região ser uma zona marginal dentro da política externa dos EUA não a tornou menos exposta às pressões advindas da securitização das estratégias americanas<sup>59</sup>. O uso de políticas unilaterais preventivas por parte dos EUA na esteira da “guerra ao terror” se tornou uma fonte de preocupação para os países latino americanos, reacendendo os sentimentos antiamericanos que, na década de 1990, tinham se expressado apenas timidamente. A desconsideração de instâncias coletivas internacionais pelo governo americano reduziu o espaço para acordos e coordenação entre os EUA e a região, e reforçou o receio do início de uma nova era de intervencionismo na América Latina.

“A visão de que o *hegemon* representava uma ameaça ao invés de um fator de estabilidade para a região se tornou uma percepção compartilhada”<sup>60</sup> pelos países sul americanos. O sentimento antiamericano e as desconfianças se tornaram ainda mais vigentes na região depois da publicação das interpretações da administração Bush com relação aos cenários políticos da região e das premissas estratégicas do Comando do Sul para o período de 2007-2016. Estas preveem uma reconfiguração do sistema interamericano de defesa, baseada na formulação de objetivos e missões a serem tomadas de acordo com as novas parcerias com os países da região. Para Hirst<sup>61</sup>, as ações do Comando do Sul foram concebidas para além das noções clássicas de segurança, com o desejo de conter quatro ameaças essenciais: pobreza e desigualdade; corrupção; terrorismo; e crime. A percepção oficial dos EUA era a de que a segurança regional enfrentava novos problemas gerados por instabilidades políticas e sociais em países como o Haiti, a Bolívia, a Venezuela e o Equador. O surgimento de um “populismo radical”<sup>62</sup> e a ascensão de governos de esquerda, principalmente na América do Sul, foram identificados como ameaças emergentes constantes desse discurso estadunidense.

---

<sup>59</sup> *Idem.*

<sup>60</sup> *Idem*, p.166.

<sup>61</sup> *Idem.*

<sup>62</sup> *Idem*, p.193.

Para os países latino americanos, a associação de questões de segurança pública e de crises democráticas com ameaças à segurança hemisférica inevitavelmente levaria à securitização das soluções apresentadas, o que reativou o espectro de intervencionismo para os governos da região. Novas coalizões ideológicas surgiram, e houve o estabelecimento de um *link* entre o crescimento dos governos de esquerda e a expansão do sentimento antiamericano. Houve também o risco de que a preservação da margem de manobra para as políticas da América do Sul fosse afetada pela presença militar norte americana na região, em razão das relações especiais com a Colômbia e da instalação de bases americanas em diferentes partes da região. A desaprovação ao discurso estadunidense se somou às críticas à política unilateral norte americana de combate ao terrorismo internacional e aos questionamentos acerca das crenças e soluções neoliberais. Nesse sentido, o antiamericanismo foi propagado como uma resposta defensiva à apologia do antiestatismo e se tornou ainda mais vigoroso com as declarações do governo Bush com relação aos cenários políticos da região<sup>63</sup>.

É importante ressaltar que, ao mesmo tempo, a própria agenda de política externa dos países sul americanos passou por modificações e não mais se limitou à manutenção de relações com os EUA. No campo econômico, a paralisia e o posterior abandono das negociações em torno da ALCA reduziram a importância dos EUA como um possível elo entre a região e a economia global. A abertura econômica da América Latina expôs seu mercado às transformações do mercado internacional, e novas possibilidades de transações externas surgiram. A região expandiu laços comerciais e inversões produtivas tanto intra como inter-regionais. O fim da ALCA levou ao reforço de entendimentos comerciais sub-regionais fragmentados, como a Comunidade Andina, o Mercosul e a Sistema Integração Centro-Americana. Ao mesmo tempo, houve o aprofundamento dos laços com mercados mais dinâmicos como a China. Nesse contexto, foram estabelecidos entendimentos mais abrangentes com a União Europeia e surgiram novas oportunidades na região para países como o Canadá. Além da alta performance da América Latina no mercado de *commodities*, houve a projeção de alguns países no mercado energético e no mercado de biocombustíveis, como o Brasil e a Venezuela.

---

<sup>63</sup> *Idem.*

O Brasil, de acordo com o seu paradigma de política externa, se relaciona pragmaticamente com os EUA e com as iniciativas encampadas por eles. Por um lado, o medo do intervencionismo persiste na diplomacia e nos meios políticos brasileiros. Tal ameaça hoje não se limita à utilização de mecanismos militares e de força; o entendimento atual é de que as intervenções nos assuntos domésticos podem ter diversas facetas como a cultura, a economia, os valores, as instituições internacionais etc. Nesse sentido, a OEA e os órgãos do SIDH são impactados por este sentimento antiamericano. O desconhecimento generalizado sobre o SIDH e a sua ligação institucional com a OEA facilitariam o apoio popular a reações do governo brasileiro, principalmente se estas estivessem baseadas em discursos nacionalistas e antiamericanos.

No caso da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, ficou evidente nas discussões em torno do não cumprimento da determinação da CmIDH a disputa sobre modelos de desenvolvimento para os países da região. De um lado, o governo americano exercia a histórica pressão nos países em desenvolvimento para a manutenção de um modelo econômico liberal, baseado na abertura de seus mercados para os produtos americanos e na desregulamentação financeira para capitais estadunidenses. Tal modelo implica na manutenção da dependência energética e na utilização de matrizes energéticas que não possibilitem a autonomia produtiva dos países. De outro lado, o governo brasileiro desde o governo Lula defende um modelo de desenvolvimento de bases autônomas, no qual o Estado tem lugar de destaque, com incentivo a políticas de sustentação da demanda agregada e de aumento da renda das populações vulneráveis, conjugadas com uma política macroeconômica expansionista<sup>64</sup>.

A construção da Usina fazia parte do pacote de obras do PAC, iniciativa do Governo Federal para a execução de grandes obras de infraestrutura social, urbana, logística e energética no país. A partir do seu lançamento, ficou explícita a escolha do modelo de desenvolvimento de base *keynesiana*, baseado no aumento da oferta de empregos, na geração de renda por meio da elevação dos investimentos públicos e privados em obras consideradas fundamentais e na continuidade do consumo de bens e serviços, mantendo

---

<sup>64</sup> ASSOCIAÇÃO KEYNESIANA BRASILEIRA. Desdobramentos da crise financeira internacional. In: **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 31, n. 2, p. 315-335, junho 2011.

assim a economia ativa e aliviando os efeitos da crise de 2008 sobre a população e as empresas nacionais. A usina de Belo Monte seria uma das principais obras do eixo energético do PAC. Para Ventura e Cetra é evidente que “em abril de 2011, a CmIDH passou a ser percebida como “um obstáculo ao crescimento” do Brasil, com tendência a ser ‘removido’”<sup>65</sup>. Nesse sentido, o Brasil, ao justificar a rejeição à determinação da Comissão, o fez afirmando a autonomia das instâncias domésticas quanto à escolha do modelo de desenvolvimento, das estratégias energéticas e das prioridades econômicas.

O Brasil, no entanto, mesmo sendo reativo às determinações do SIDH, não se desvincula da OEA porque ainda interessa à diplomacia brasileira a manutenção daquele foro como local de discussão de alguns temas regionais, inclusive o da própria relação política com os EUA. A OEA é, para o Itamaraty, um *locus* para o desenvolvimento dessas relações, ainda que não seja o principal canal de contato com o governo americano.

Mais uma vez, o Estado brasileiro, movendo-se entre o *hobbesianismo* e o *grocianismo*, tende a se colocar como defensor da sua soberania em detrimento de decisões que pareçam ser fruto de órgãos instrumentalizados pelo *hegemon*, mas sem que o foro, de certa forma ligado à OEA, prejudique os contatos ali desenvolvidos. Assim, sempre que conveniente, não apenas o Brasil, mas outros países da região, criticam o SIDH e colocam em xeque suas instituições e suas normas. As críticas de diversos países à OEA e à presença dos EUA neste foro, muitas vezes por associação, impactam os órgãos do SIDH. A falta de clareza sobre a estrutura do SIDH e sobre quais os limites de seu relacionamento com a OEA reforçam ainda mais a vinculação entre a insatisfação dos Estados com relação aos órgãos do Sistema. Tal posicionamento se aplica aos políticos brasileiros que de maneira imprecisa ligam a Corte e a CmIDH à OEA.

## 8. CONCLUSÕES

---

<sup>65</sup> Ventura, Deisy; CETRA, Raísa Ortiz. O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de Maria da Penha à Belo Monte In: SILVA FILHO, J. C. M. da; TORELLY, M. (Orgs.), **Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.343-402, p. 37.

A análise ampla do cumprimento pelo Brasil das decisões advindas do SIDH demonstra que o país, de um modo geral, cumpre as decisões advindas da CIDH e respeita as recomendações proferidas pela CmIDH. Ou seja, seguindo os padrões históricos de atuação do país junto às instituições internacionais e ao direito internacional, o Brasil coopera com o Sistema e cria mecanismos para implementar as suas determinações. Nos casos escolhidos, entretanto, por mais contraditório que possa parecer, o descumprimento das determinações do Sistema não decorre de uma ruptura com o padrão de atuação que o Brasil vinha adotando até então. Mesmo nesses casos, aparentemente desviantes, o governo continuou fiel ao seu paradigma diplomático e aos elementos *grocianos* e *hobbesianos* de atuação externa: a diplomacia brasileira usa princípios e conceitos jurídicos – como a soberania, o princípio da não ingerência e o direito ao desenvolvimento – para justificar a recusa no cumprimento das decisões do Sistema.

A existência de elementos realistas no paradigma diplomático faz que o país se utilize do direito internacional de, pelo menos, duas maneiras: na primeira delas, a diplomacia usa o direito internacional como legitimador de suas demandas no cenário multilateral; na segunda, o direito internacional é legitimador de um discurso de rejeição às possíveis intervenções dos países mais fortes nos seus negócios brasileiros. Em uma região como a América Latina, que é, ao mesmo tempo, área de atuação hegemônica histórica dos EUA e área na qual o Brasil tenta se afirmar como líder, o uso pragmático e realista do direito internacional se mostra ainda mais estratégico para o governo brasileiro. Se por um lado diplomacia não desautoriza por completo nem o SIDH nem as suas instituições, e assim se mantém coerente com seus princípios históricos de respeito ao multilateralismo institucional, por outro, rejeita pontualmente a regulação de alguns assuntos domésticos, aqueles em que não há consenso interno - devido à politização da política externa brasileira -, aqueles que questionam escolhas políticas essenciais – como o modelo de desenvolvimento -, e aqueles são fruto de atuações diretas do Governo Federal.

Como em qualquer pesquisa que envolva o contexto latino americano, deve-se sempre atentar para a presença dos EUA no hemisfério e na OEA como um limitador do espaço de autonomia do Brasil no SIDH, apesar de constituírem sistemas normativos distintos. A presença de um *hegemon* como os EUA na região, detentor de capacidades e

poderes econômicos e militares muito superiores ao restante dos países, influencia fortemente todas as tomadas de decisão dos Estados latino americanos.

Em referência às relações entre o Brasil e os EUA no que concerne ao contexto interamericano, por um lado, o governo brasileiro busca o fortalecimento de organizações sub-regionais, de forma a fortalecer a autonomia brasileira frente aos Estados Unidos em temáticas como direitos humanos e democracia. Por outro lado, o Brasil almeja a manutenção da OEA como um foro de discussão de alguns temas, inclusive o da relação política com os Estados Unidos. A OEA é um *locus* para o desenvolvimento dessas relações, mas está longe de ser o único ou mesmo o principal.

Adicionalmente, nota-se, por meio da análise dos casos, que o Brasil não milita de forma contrária às instituições internacionais e à regulação dos direitos humanos por órgãos internacionais, uma vez que o Estado brasileiro é considerado uma liderança emergente na criação de normas regionais e de órgãos sobre o tema. Uma atitude que aparentemente demonstra a rejeição do Brasil com relação ao SIDH e o esvaziamento das normas interamericanas serve de reforço para o discurso diplomático brasileiro de defesa dos direitos humanos. As posições moderadas do Brasil no Processo de Reforma de 2011, quando comparadas com as de seus vizinhos, corroboram que a diplomacia brasileira não pretende destruir por completo o Sistema. No entanto, por razões pragmáticas, a diplomacia evita a exacerbação da independência decisória dos órgãos em nome do princípio da soberania e da independência decisória.

Nesse sentido, após a análise dos casos escolhidos, conclui-se que o Brasil agiu de maneira coerente com seus princípios e seu paradigma de política externa tanto no caso Gomes Lund perante a Corte como no caso da Usina Hidrelétrica de Belo Monte perante a Comissão. Embora os casos tenham aparência de serem desviantes do padrão geral do relacionamento do Brasil com o SIDH, os mesmos acabam por reforçar a continuidade da política externa brasileira e por confirmar a forma e as estratégias de inserção do Brasil no hemisfério. Os elementos apontados no presente *paper* não esgotam as explicações teóricas disponíveis para a política externa brasileira no contexto do SIDH, mas indicam tendências de relacionamento na medida em que o Sistema tem se fortalecido progressivamente, as instituições regionais têm se adensado, e o Brasil, apesar de algumas pequenas modificações

nas suas ações externas, se mantem transitando dentro do paradigma do institucionalismo pragmático.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACHARYA, Amitav. **From the Unipolar Moment to a Multiplex World**: New World order emerges, one that requires cooperation and ability to build regional ties. Washington, YaleGlobal Online, 3 July 2014.
- AMATO, Victoria. Una mirada al proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la CIDH, **Aportes DPLf**, Washington, n.16, ano 5, p.4-10, 2012. Disponível em <http://www.dplf.org/uploads/1338931610.pdf>
- AMORIM, Celso. O Brasil e os direitos humanos: em busca de uma agenda positiva. In: **Política Externa**, v. 18, n. 2, 2009. São Paulo: Paz e Terra.
- ASSEMBLEIA GERAL DA OEA, **Textos Autenticados das Declarações e Resoluções**, v.1, Washington: OEA, 2011.
- ASSOCIAÇÃO KEYNESIANA BRASILEIRA. Desdobramentos da crise financeira internacional. In: **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 31, n. 2, p. 315-335, junho 2011.
- BALDERRAMA, Danilo. Comissão de Direitos Humanos gera polêmica em Assembleia da OEA, **RFI**, 04 de junho de 2012. Disponível em <http://br.rfi.fr/americas/20120604-comissaode-direitos-humanos-gera-polemica-em-assembleia-da-oea>
- BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como Esfera Pública Transnacional: Aspectos Jurídicos e Políticos da Implementação de Decisões Internacionais. In: **Revista SUR**, São Paulo, v.8, n. 15, p.135-156, 2011.
- BRANT, Leonardo Nemer; LEITE, Fernanda Mara. Terrorismo internacional e os desafios para o Direito Internacional. In: NASSER, R.M. (Org.) **Novas perspectivas sobre os conflitos internacionais**. São Paulo: Editora UNESP: Programa San Tiago Dantas de Pós-Graduação, 2010, p.65-75.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- COUTO, Estêvão Ferreira. Multilateralismo em Direitos Humanos e Política Externa Brasileira na OEA. In: **Cena Internacional**, ano 8, n.1, jun 2006, p. 82-100.
- ENGSTROM, Par. Brasil: los derechos humanos en la política exterior de una potencia emergente. In: COVARRUBIAS, A; SALTALAMACCHIA, N. (Eds.), **Los derechos humanos y la política exterior de los países de América Latina**. México D.F.: ITAM & Editorial Porrúa, 2011.
- \_\_\_\_\_. The Inter-American Human Rights System and U.S.-Latin America Relations. In: **Draft**. London: UCL, Institute of the Americas, out 2013.

- \_\_\_\_\_ ; HURRELL, Andrew. Why the Human Rights Regime in the Americas Matters. In: SERRANO, M.;POPOVSKI, V. (Eds.) **Human Rights Regimes in the Americas**. Tokyo: United Nations University Press, 2010.
- HILL, Christopher. **The Changing Politics of Foreign Policy**. Nova York: Palgrave Macmillan, 2003.
- HIRST, Monica. **Understanding Brazil-United States Relations**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013.
- HURRELL, Andrew. Security in Latin America. **International Affairs**, v.74, n.3,1998.
- LIMA, Maria Regina Soares de. Instituições democráticas e política exterior. In: **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, v.22, n.2, p. 265-303, jul/dez 2000.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3ª.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- NASSER, Reginaldo M. Direitos Humanos e a privatização da violência. In: NASSER, R.M. (Org.) **Novas perspectivas sobre os conflitos internacionais**. São Paulo: Editora UNESP: Programa San Tiago Dantas de Pós-Graduação, 2010, p.41-51
- PINHEIRO, Letícia. Traídos pelo desejo: um ensaio sobre a teoria e a prática da Política Externa Brasileira contemporânea. In: **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, v.22 n.2, p.305-335, jul/dez 2000.
- PRONER, Carol. **Sistema interamericano de direitos humanos precisa ser reformado?** Agência Carta Maior, Internet, 07 jun. 2012. Disponível em <http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Direitos-Humanos/Sistema-Interamericano-de-Direitos-Humanos-precisa-ser-reformado-/5/2528>
- RUGGIE, John. Multilateralism: the Anatomy of an Institution. In: **International Organization**, v.46, n.6, p.561-74, 1992.
- SARAIVA, Miriam Gomes. A diplomacia brasileira e as visões sobre a inserção externa do Brasil: institucionalistas pragmáticos x autonomistas. In: **Mural Internacional**, Rio de Janeiro, ano I, n.1, jan/jun 2010, p. 45-52.
- SERBIN, Andrés; PONT, Andrei Serbin. La política exterior de la República Bolivariana de Venezuela y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como obstáculo. **Pensamiento Proprio**, Buenos Aires, ano 18, n.38, p. 235-254, jul/dez 2013. Disponível em <http://www.cries.org/wpcontent/uploads/2014/01/pp38-2-vf.pdf>
- SIKKINK, Kathryn. **Mixed Signals: U.S. Human Rights Policy and Latin America**. Ithaca: Cornell University Press, 2004.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n. 466.343/SP**, Relator Ministro Cezar Peluzo, 22/11/2006, DJe 05/06/2009.
- VENTURA, Deisy. Depois de Belo Monte, Brasil mudou sua postura com a OEA. Entrevista concedida a Raquel Duarte. In: **Jornal Sul 21**, Porto Alegre, 2012.
- \_\_\_\_\_ ; CETRA, Raísa Ortiz. O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de Maria da Penha à Belo Monte In: SILVA FILHO, J. C. M. da; TORELLY, M. (Orgs.),

Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.343-402.

# A INFLUÊNCIA DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL AOS DIREITOS DA MULHER NO BRASIL – LEI MARIA DA PENHA

MARINA GIOVANETTI LILI  
LUCENA<sup>1</sup>

**RESUMO:** O intuito do presente trabalho será analisar a proteção dos direitos humanos na América, principalmente no que tange à proteção dos direitos da mulher. O objetivo é determinar como essa proteção ocorre, e se há influência dos mecanismos internacionais de proteção no Estado brasileiro. Para isso será analisada principalmente a Convenção Americana de Direitos Humanos, englobando seus órgãos, Corte e Comissão. Além disso, será focado caso concreto de Maria da Penha, que culminou em uma lei específica no Estado brasileiro.

## 1 INTRODUÇÃO

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos humanos. Proteção internacional. Direitos da mulher. Lei Maria da Penha.

**ABSTRACT:** The aim of this paper is analyze the protection of human rights in America, especially in regard to the protection of women's rights. The objective is to determine how this protection occurs, and if there is any influence of the international protection mechanisms in Brazil. Therefore in this paper it will be analyzed the American Convention on Human Rights, including the organs, The Court and The Commission. In addition, it will focus on the case of Maria da Penha, which culminated in a specific law in the Brazilian state.

**KEYWORDS:** Human rights. Internacional protection. Women's rights. Law Maria da Penha.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Mecanismos de proteção de direitos humanos. 2.1 Convenção Americana de Direitos Humanos. 2.2 Os órgãos de proteção no sistema interamericano. 2.3 A postulação perante os órgãos. 3. Caso Maria da Penha. 3.1 A demora na prestação judicial. 3.2 A proteção internacional da mulher. 3.3 A Lei Maria da Penha. 3.3.1 A eficiência da Lei. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), 2018. Bacharela em

Direito pela UFJF (2015). Conciliadora na Justiça Federal, Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG.

O objetivo do presente trabalho será analisar o sistema interamericano de proteção de direitos humanos, seus órgãos e modo de atuação para a proteção dos direitos humanos. Além disso, o intuito será salientar um exemplo da influência desse sistema internacional no direito interno do Brasil. Esse é o caso da promulgação da lei Maria da Penha, resultado do impacto de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro.

O caso Maria da Penha culminou com a lei de mesmo nome (Lei 11.340/2006), elaborada no Brasil com o objetivo de instituir mecanismos para limitar e prevenir a violência doméstica contra a mulher. Maria da Penha Maia Fernandes é uma biofarmacêutica que estava insatisfeita com a impunidade no caso de seu ex-marido, que tentou matá-la por duas vezes e a deixou paraplégica. Como consequência, a vítima decidiu denunciar o Brasil à Comissão da Organização dos Estados Americanos.

O ex-marido de Maria da Penha, que era colombiano, foi julgado após dezenove anos da ocorrência do fato, e depois da denúncia formalizada perante a OEA. Apesar disso, ele só permaneceu preso por dois anos em regime fechado. Esse caso atraiu grande atenção nacional e internacional. Conseqüentemente, o Congresso aprovou a Lei 11.340, sancionada pelo presidente da república em agosto do mesmo ano. A lei prevê penas mais severas contra os agressores de mulheres, em nível doméstico ou familiar.

Logo, a importância do presente trabalho se insere em um contexto no qual, apesar dos grandes avanços dos últimos anos, ainda são comuns os casos de violência doméstica no Brasil. Aliás, é notável que a sociedade brasileira atual ainda é marcadamente patriarcal, com episódios frequentes de machismo e da tentativa de subjugar a mulher à vontade do homem. Essa relação de hierarquia ainda predomina em muitas relações conjugais, causando diversas formas de violência contra a mulher, que se constitui como uma das formas de violação de direitos humanos.

Estabelecer uma metodologia rigorosa é de extrema importância nas pesquisas realizadas na ciência do Direito. Logo, será realizada uma revisão da literatura, através de pesquisa qualitativa. Será empregada metodologia dedutiva, já que através das fontes bibliográficas, em conteúdo analisado de forma indireta, visa-se chegar à conclusão.

O trabalho será dividido em duas partes principais. Na primeira serão discutidos os mecanismos de proteção de direitos humanos, tanto no direito interno brasileiro quanto no sis-

tema internacional. Será abordado o sistema interamericano, englobando a importante Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Será analisado o contexto de elaboração da CADH, sua importância, objetivos e estruturação. Além disso, serão abordadas características principais de seus dois órgãos, a Comissão e a Corte Interamericana, além da postulação perante esses órgãos, requisitos e procedimentos.

A segunda parte abará descrição do caso Maria da Penha, descrevendo a violência doméstica cometida, além das questões jurídicas do caso. A descrição mais detalhada pretende esclarecer o porquê do ajuizamento de reclamação perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Será ainda analisado o Relatório 54 de 2001, elaborado pela Comissão como resposta a esse caso.

## 2 MECANISMOS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

A proteção de direitos humanos, conforme o discurso predominante na atualidade, deve ocorrer sempre da forma mais ampla possível. Todas as instituições dos países deveriam fazer um esforço comum para concretizar a aplicação desses direitos. Em caso de violação, deve haver uma ação do Estado para fazer cessar e coibir que ações semelhantes ocorram no futuro. Nesses casos, a ação mais imediata deve ser a provocação do Judiciário. Além disso, deve ser estimulada a criação de leis pelo Legislativo, bem como a execução de políticas públicas pelo Executivo.

No Brasil, ao longo do tempo, foram várias as leis que existiram com o intuito de exterminar as violações aos direitos das mulheres. Alguns exemplos podem ser citados, em momentos históricos diferentes. O Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4121/64) veio reformar o Código Civil de 1916, e possibilitou que a mulher exercesse algumas atividades, como a profissional, independentemente de autorização do marido. A Lei do divórcio (Lei n. 6515/77) possibilitou o divórcio como forma de dissolução da sociedade conjugal. A Constituição Federal de 1988 é um marco na proteção dos direitos das mulheres, já que estabelece em seu artigo 5º, *caput*, a igualdade de direitos entre homens e mulheres. O Código Civil de 2002, por sua vez, trouxe a concretização da igualdade em lei infraconstitucional, pondo fim à diferença de tratamento que vigia no antigo Código. Todos esses diplomas contribuíram para a emancipação da mulher,

tornando-se um passo para a igualdade efetiva entre homens e mulheres na sociedade brasileira atual. No entanto, apesar de relevantes, esses diplomas não são suficientes para impedir que graves violações aos direitos das mulheres continuem ocorrendo.

Além do sistema brasileiro há o sistema de proteção internacional de direitos humanos que, por óbvio, engloba a proteção da mulher. A teoria tradicional, que costuma diferenciar a proteção de direitos humanos realizada no direito interno e a proteção internacional, é hoje rechaçada pela melhor doutrina. O entendimento de direitos humanos é ampliado, englobando tanto as normas de direito interno quanto aquelas provenientes de tratados internacionais. Logo, a proteção do indivíduo deve se dar da forma mais ampla e efetiva possível.

Tanto é assim que é defendida a noção de primazia da norma mais favorável às vítimas<sup>1</sup>. Esse entendimento também é consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 29, b. Assim, a norma que proteger direitos humanos de forma mais ampla e efetiva é a que deve ser aplicada, seja ela interna ou proveniente de um tratado internacional.

Importante ainda notar que algumas vezes a norma internacional terá aplicabilidade imediata no país. Internamente, ao contrário, quando houver necessidade, deverá ser criada uma legislação interna que trate sobre aquele assunto específico<sup>2</sup>.

Com relação ao sistema interamericano é extremamente importante a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), da qual se passará a falar no próximo item.

## 2.1 Convenção Americana de Direitos Humanos

No sistema interamericano de proteção de direitos humanos, o instrumento de maior importância é a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida popularmente como Pacto de São José da Costa Rica. Esse Tratado internacional foi ratificado pelos países membros da Organização dos Estados Americanos. A convenção foi elaborada durante a Conferência especializada interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de

---

<sup>1</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos Direitos Humanos. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. 2 ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 231.

<sup>2</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op. cit.*, p. 205.

1969, na cidade de San José, na Costa Rica. O tratado entrou em vigor em 18 de julho de 1978<sup>3</sup>. No entanto, a convenção só foi ratificada pelo Brasil em 1992.

O contexto histórico de promulgação desse diploma é relevante. À época, a situação histórica na América Latina exigia cuidados. Após as ditaduras que ocorreram em diversos países, incluindo o Brasil, o período era de redemocratização. Com as democracias recentemente instaladas, era complexo verificar, na realidade fática, a efetiva proteção de direitos humanos. Consequentemente, surge a necessidade de um sistema de proteção para complementar o sistema interno. Era necessário consolidar as democracias e proteger direitos humanos, mantendo a proteção aos direitos civis e políticos e ampliá-la, gradualmente, aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

O contexto histórico é relevante porque, com relação ao período de democratização, é possível pensar em dois períodos: de instalação do regime democrático e de efetiva consolidação da democracia<sup>4</sup>. Para alguns autores<sup>5</sup>, a América Latina ainda está nesse segundo período, incluindo o Brasil.

A importância do tratado deriva do fato de ser a base da proteção dos direitos humanos na América Latina. Foi o primeiro ato normativo vinculante em matéria de proteção dos direitos do homem na América, do qual são signatários diversos Estados americanos.

O objetivo, quando da criação desse tratado internacional, foi a tentativa de consolidar entre os países americanos, um sistema de liberdade pessoal e de justiça social, baseado no respeito de direitos humanos fundamentais, independentemente da nacionalidade do indivíduo. O pacto tem notável influência da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, que erigi como essencial a liberdade do ser humano, ou seja, uma existência sem medo, e em

---

<sup>3</sup> MARCHESI, Antonio. **La protezione Internazionale dei diritti umani**. Nazioni Unite e organizzazioni regionali. Milano, Italy: FrancoAngeli, 2011. Pg. 134.

<sup>4</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p 134.

<sup>5</sup> Um desses autores é Helio Gallardo. Para o autor, há atualmente uma grande diferença entre o que se diz e o que se faz com relação aos direitos humanos. Para isso, ele traz inúmeros motivos. Ao contrário do que muitas vezes se argumenta, com relação ao descumprimento de direitos humanos pelo não repasse de fundos suficientes para a organização de suas atividades na América Latina, Gallardo enumera vários outros fatores (GALLARDO, Helio. **Teoria crítica**: matriz e possibilidade de direitos humanos. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 22). São eles: a precariedade do Estado de direito; o modelo econômico orientado para a liberalização e exportação e o consequente empobrecimento da população; a corrupção no Judiciário; o caos do sistema carcerário; a dominação de gênero, entre inúmeros outros fatores.

condições que permitam as pessoas gozarem dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Como já dito, esse extenso diploma visava garantir a proteção dos indivíduos na América Latina. Já no preâmbulo percebe-se a preocupação com a democracia e a manutenção de liberdades individuais. A pessoa humana deveria ser valorizada de forma ampla, abarcando a proteção da pessoa, além da questão da nacionalidade. Ademais, em vários pontos da Declaração percebe-se a preocupação com a proteção dos grupos mais vulneráveis, incluindo as mulheres<sup>6</sup>.

A convenção é dividida em duas partes, quais sejam: a parte substancial, que impõe a obrigação de respeitar as disposições presentes na Convenção; e uma segunda, de caráter processual, que disciplina o procedimento de garantia de direitos. O documento tem um total de 82 artigos, entre os quais as disposições transitórias. O objetivo principal é estabelecer um rol de direitos fundamentais da pessoa humana, a exemplo do direito a vida (artigo 4), a liberdade pessoal (artigo 7), a dignidade (artigo 11), integridade pessoal (artigo 5) e outros similares. A Convenção veda a escravidão e servidão humanas, tratando sobre as garantias judiciárias, além da liberdade de consciência e de religião, de pensamento e de expressão, e a liberdade de associação e tutela da família.

Os supracitados artigos são de extrema relevância para a temática do presente trabalho, considerando o objetivo de atingir uma igualdade plena e efetiva entre homens e mulheres. Atualmente, no entanto, como a mulher ainda se encontra em situação de vulnerabilidade, sua proteção deve ocorrer da forma mais ampla possível, englobando sua vida, integridade, liberdade, proteção da honra e dignidade.

Ademais, em casos em que a violação de direitos da mulher já tenha ocorrido, como nos casos infelizmente frequentes no Brasil e América Latina de violência doméstica, torna-se essencial a previsão do artigo 25 do CADH, que trata da proteção judicial. Logo, a vítima deve ser protegida judicialmente contra atos que tenham violado seus direitos fundamentais. Quando a resposta judicial não é a esperada, seja pela demora ou pela falta de eficiência, mais

---

<sup>6</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. 1. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 182-183.

direitos fundamentais são violados. É o que ocorreu no caso de Maria da Penha, que será estudado com mais detalhes posteriormente.

Um dos grandes passos do Pacto de São José é, sem dúvidas, a instituição, no sistema interamericano, de uma comissão e de uma corte para proteção dos direitos humanos. Assim, são avaliados os casos de violação de direitos humanos que ocorrem em países pertencentes à Organização dos Estados Americanos (OEA), que reconhecem a sua jurisdição. Quando há um abuso com relação a questões de direitos humanos em um determinado país, e se o governo desse país permanece inerte, a vítima tem a possibilidade de fazer uma denúncia à Comissão, que pode levar o caso à Corte para eventual condenação. No caso de Maria da Penha, o caso foi levado à Comissão, e o Brasil foi alvo de recomendações para melhoria da proteção da mulher no Estado.

## 2.2 Os órgãos de proteção no sistema interamericano

Por meio da Convenção foi criado o sistema interamericano de direitos humanos, que é composto por dois órgãos diversos, que têm a obrigação de garantir os direitos já assegurados. O primeiro é a Comissão interamericana de direitos humanos, prevista dos artigos 34 aos 51 da Convenção. Alcança todos os Estados parte da Convenção Americana e todos os Estados membros da OEA<sup>7</sup>.

Ela tem função prioritariamente administrativa, no sentido de que resolve prováveis violações a direitos humanos (art. 41). Deve assim proteger os direitos humanos, bem como estimular a sua efetividade. Interessante para o presente caso é a previsão da alínea “b” desse mesmo artigo, *in verbis*:

formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;

---

<sup>7</sup> PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 139.

Como se percebe, a Comissão pode fazer recomendações ao Estado membro para que ele alcance um maior patamar de proteção de direitos humanos. Isso foi o que ocorreu, em certa medida, no caso do Brasil com relação à Maria da Penha Fernandes. Após o procedimento previsto para o caso, a Comissão recomendou, no artigo 61, 4, que o Brasil adotasse posturas para “*prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil*”<sup>8</sup>. Com isso, foi produzida no direito interno do país uma lei específica que tratasse da violência doméstica contra a mulher, objetivando diminuir os números desse tipo de crime no Brasil.

A Comissão foi, historicamente, o primeiro órgão a existir, sendo que sua fundação data de 1959. Por isso, é dotado de algumas funções não convencionais. Os países que integram a CADH devem respeitar as recomendações da Comissão e as sentenças da Corte.

Il sistema regionale americano di protezione dei diritti umani, dunque, è un sistema “binário”, che comprende da un lato le attività svolte dalla Commissione nel quadro dell’OSA, in quanto tali indirizzate a tutti gli Stati membri di tale Organizzazione, e dall’altro il procedimento di garanzia che la Convenzione affida congiuntamente alla Commissione e alla Corte, che trova applicazione solo nei confronti di quegli Stati membri dell’OSA che hanno ratificato la stessa Convenzione<sup>9</sup>.

Representa todos os Estados-membros da OEA. A Comissão é composta por sete membros, eleitos por quatro anos. São escolhidos entre pessoas que gozam de alta consideração moral e com reconhecida competência no tema dos direitos humanos. A eleição é feita pela Assembleia Geral da OEA, entre as opções indicadas em uma lista proposta pelos Estados Membros. Entre os candidatos propostos por um governo, pelo menos um deve ser cidadão de outro Estado Membro da OEA. Um Estado só pode ter na Comissão um cidadão de sua nacionalidade<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório 54/2001**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299\\_Relat%20n.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf)> . Acesso em 02 mar. 2017, p. 14.

<sup>9</sup> O sistema regional americano de proteção de direitos humanos, então, é um sistema “binário”, que compreende, de um lado, a atividade desenvolvida pela Comissão no quadro da OEA, enquanto tal direcionada a todos os Estados membros dessa organização; e de outro lado, o procedimento de garantia que a Convenção confia conjuntamente à Comissão e à Corte, que encontra aplicação somente nos confrontos dos Estados membros da OEA que tenham ratificado a referida Convenção. (tradução nossa). MARCHESI, Antonio. *Op. cit.*, p. 135.

<sup>10</sup> MARCHESI, Antonio. *Op. cit.*, p. 136.

O segundo órgão é a Corte interamericana, previsto entre os artigos 52 e 69 da Convenção. Sobre ela se tratará mais rapidamente, já que não teve influência no caso de Maria da Penha. Tem função jurisdicional e jurídica nos casos de violações de direitos humanos. Segundo o artigo 61, apenas a Comissão Interamericana e os Estados podem submeter um caso à Corte Interamericana. Também é composta por sete juízes, cidadãos dos Estados membros da OEA, eleitos pela Assembleia Geral. Só um cidadão de cada Estado pode ser juiz na Corte. Os Estados fazem uma lista com, no máximo, três indicados e os Estados membros da Convenção decidem em votação secreta e com maioria absoluta. O mandato dura seis anos e pode ser renovado somente uma vez<sup>11</sup>.

A Corte detém, além da função contenciosa, uma jurisdição consultiva, que é a atribuição de emitir pareceres (art. 64, 2). Esta competência, é interessante notar, é mais ampla que aquela instituída na Corte Europeia. É a função mais antiga, e por muito tempo foi a única competência da Corte. Nesse sentido, é possível à Corte emitir pareceres sobre variadas questões, contribuindo para o desenvolvimento dos direitos humanos na América. Ademais, é comum que a Corte realize interpretações dinâmicas, que considerem o contexto histórico-social do local<sup>12</sup>. Essa interpretação é importante porque é capaz de expandir o entendimento que se tem de vários direitos previstos pela CADH.

### 2.3 A postulação perante os órgãos

O artigo 44 do Pacto de São José permite que qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidades não governamentais legalmente reconhecidas em um ou mais Estados Membros da Organização, possam apresentar as petições que contenham denúncia ou reclamações de violação de direitos humanos das Convenções por parte de um Estado membro.

Há uma diferença muito relevante entre o sistema de proteção europeu e o americano, no que tange à legitimidade para fazer reclamações. Os cidadãos europeus podem postular diretamente na Corte Europeia de Direitos Humanos, ao contrário dos americanos. Nesse sen-

---

<sup>11</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>12</sup> PIOVESAN, Flavia. *Op. cit.*, p. 148.

tido, a tutela europeia é mais eficiente e efetiva. No sistema interamericano se deve, primeiramente, fazer um pedido perante a Comissão. Somente se essa solicitação é aceita, será posteriormente realizado um julgamento perante a Corte interamericana (art. 61).

Desse modo, os indivíduos somente possuem legitimidade para fazer uma solicitação perante a Comissão. Ademais, mesmo para as petições perante a Comissão existem alguns requisitos de admissibilidade, previstos no artigo 46. São eles: 1) exaurimento das vias internas (no interior do Estado); 2) prazo de seis meses decorridos do conhecimento da decisão final; 3) não se pode provocar, ao mesmo tempo, outro tribunal internacional e causar litispendência; 4) petição para qualificar a parte e a questão.

No entanto, essa regra é excepcionada no artigo 46, 2 da Convenção, que afirma ser possível dispensar os requisitos 1 e 2, nos casos nos quais existe: 1) ausência de um processo justo; 2) dificuldade da vítima de exercer de forma efetiva seu direito a recurso e 3) atraso injustificado nas decisões do recurso.

No caso de Maria da Penha houve uma grande demora processual, o que causou o decurso de quase duas décadas entre o ajuizamento da ação e a efetiva punição do ex-marido, condenado. Assim, esse requisito foi excepcionado quando da análise da Comissão<sup>13</sup>. Quando é a injustificada demora processual que causa a violação, ela não pode ser alegada para retirar as condições de admissibilidade da petição.

Entende-se que há uma obrigação recíproca, qual seja, do Estado fornecer recursos internos eficazes; e da parte reclamante, de esgotar tais recursos<sup>14</sup>. Logo, se o recurso judiciário de direito interno não funciona de forma rápida e/ou efetiva, a obrigação de esgotar esses recursos não pode existir, por questão lógica e de justiça. O requisito de admissibilidade de esgotamento dos recursos internos, como se depreende da própria leitura do artigo supracitado, não é uma exigência absoluta, podendo ceder em alguns casos concretos. A obrigação dos Estados de prover recursos internos eficazes deve ser a primeira a ser cumprida<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório 54/2001**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299\\_Relat%20n.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf)>. Acesso em 02 mar. 2017, p. 6.

<sup>14</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos Direitos Humanos. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. 2 ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 212.

<sup>15</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op. cit.*, p. 224.

Se um recurso é admissível, a Comissão se informa com o Estado indicado no recurso e estipula um prazo para a resposta (art. 48, 1, a). A Comissão pode, ainda nesse momento, declarar que o caso é inadmissível (art. 47). Se o caso é admitido, é realizado um exame das questões de fato, de acordo com as provas apresentadas até aquele momento. É possível também que a Comissão faça uma tentativa de composição amigável (art. 48, 1, f). No caso de Maria da Penha, o Estado brasileiro foi marcado pela inércia. Conforme se percebe do Relatório<sup>16</sup>:

25. O Estado brasileiro não apresentou à Comissão resposta alguma com respeito à admissibilidade ou ao mérito da petição, apesar das solicitações formuladas pela Comissão ao Estado em 19 de outubro de 1998, em 4 de agosto de 1999 e em 7 de agosto de 2000.

É interessante ainda salientar essa função conciliadora da Comissão, que busca solucionar o conflito entre o Estado e o grupo social ou indivíduo que tenha seu direito violado. A Comissão, após o exame da matéria, buscará a solução amistosa. Se for possível, a mesma irá elaborar um informe que será transmitido às partes.

Desse modo, em todos os casos que são de competência da Convenção, há primeiramente uma análise pela Comissão, e só depois, se necessário, o caso será transferido para a Corte.

### 3 CASO MARIA DA PENHA

O caso Maria da Penha, ocorrido em 1983, foi marcado pela demora na execução da condenação do agressor, como já se adiantou. O caso teve um dos seus capítulos mais violentos em Fortaleza quando, no dia 29 de maio, a farmacêutica Maria da Penha Fernandes foi atingida, enquanto dormia, por um tiro de espingarda de seu marido, o economista M. A. H. V., colombiano. A lesão a deixou paraplégica. No entanto, esse não foi o único crime do qual Maria da Penha foi vítima. Dias depois, quando retornou à sua casa, sofreu um novo ataque. Enquanto tomava banho recebeu uma descarga elétrica. As investigações levaram à conclusão de que os dois atos foram premeditados pelo marido, que queria causar sua morte. Assim, a denúncia foi

---

<sup>16</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório 54/2001**. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299\\_Relat%20n.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf) Acesso em: 02/03/2017. Pg. 5.

ofertada pelo Ministério Público em 28 de setembro de 1984, na 1ª Vara Criminal de Fortaleza<sup>17</sup>.

A relação conjugal que envolve o caso é extremamente complexa e ampla. Maria da Penha sofreu inúmeras formas de violência, incluindo física e psicológica, durante mais de duas décadas de casamento. No entanto, a vítima, subjugada, tinha medo de denunciar seu marido. Com isso, somente após as graves violências cometidas por seu então marido, Maria da Penha teve coragem para denunciá-lo.

O réu foi pronunciado em 1986 e levado a júri em 1991, quando foi condenado. A defesa recorreu em razão de suposta falha na elaboração dos quesitos. O recurso foi acolhido e novo julgamento ocorreu em 1996, quando a condenação foi de 10 anos e 6 meses de prisão. A decisão foi apelada, além de recursos a tribunais superiores. Com isso, apenas em 2002 o réu foi preso, mais de 19 anos após a prática do crime. Com a condenação em 10 anos, sequer 1/3 foi cumprido em regime fechado<sup>18</sup>.

Segundo a vítima houve demora na prestação judicial, além da punição branda. O conduzimento do caso como um todo trouxe uma sensação de impunidade, ou seja, que o Estado não reconhecia a importância dos crimes contra as mulheres no Brasil. Assim, Maria da Penha recorreu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A denúncia também foi oferecida pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM)<sup>19</sup>. A Comissão, como se sabe, analisa as petições que denunciam violações de direitos humanos, de acordo com os direitos consagrados na CADH.

Já foi discutido que uma das atribuições da Comissão é emitir relatórios. Nesse caso foi elaborado o Relatório 54/2001<sup>20</sup>. Nele a Comissão discrimina todos os fatos ocorridos quando do ajuizamento da ação, trazendo a argumentação de Maria da Penha, a inércia do Estado brasileiro e as consequentes recomendações ao mesmo. Assim, tal documento foi extremamente relevante para discutir o tema da violência contra a mulher no Brasil. Sua imensa repercussão ajudou o desenvolvimento da Lei Maria da Penha, cinco anos depois.

---

<sup>17</sup> CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 4 ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2012, p. 25.

<sup>18</sup> CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Op. cit.*, p. 26.

<sup>19</sup> CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>20</sup> *Idem, ibidem.*

Como se sabe, a CADH possui um amplo catálogo de proteção de direitos humanos. Esse rol impõe que os Estados-parte respeitem o gozo desses direitos, bem como assegurem que haja punição aos culpados em caso de violação. Os direitos enumerados devem ser exercidos por todos os indivíduos, sem distinção de qualquer classe, e de forma efetiva. Se isso não ocorre, cabe ao Estado adotar as medidas cabíveis para tal fim, incluindo medidas legislativas. Logo, são necessárias medidas negativas, que propiciam a fruição do direito, e medidas positivas que assegurem o exercício de direitos<sup>21</sup>.

Mas cabe, ademais, aos tribunais internos, e outros órgãos dos Estados, assegurar a implementação a nível nacional das normas internacionais de proteção, o que realça a importância de seu papel em um sistema integrado como o da proteção dos direitos humanos, no qual as obrigações convencionais abrigam um interesse comum superior de todos os Estados Partes, o da proteção do ser humano<sup>22</sup>.

No caso de Maria da Penha, como já foi dito, o Brasil se comportou de forma inerte e se omitiu de responder as indagações feitas pela Comissão, por três vezes consecutivas. Assim, os argumentos utilizados pela autora do pedido foram presumidos verdadeiros pela Comissão. Elaborado o supracitado relatório, n. 54 de 2001, foram feitas recomendações e dirigidas ao Estado brasileiro. O Brasil permaneceu inerte, o que fez com que a Comissão tornasse público o teor do relatório<sup>23</sup>. Essa publicação aumentou a repercussão internacional do caso, o que muito provavelmente influenciou na elaboração da lei.

### 3.1 A demora na prestação judicial

Quando um indivíduo tem determinados tipos de problemas na vida em sociedade, deve procurar a solução da controvérsia judicialmente. Assim, se inicia um processo na justiça competente. Um dos problemas mais comuns do sistema judiciário brasileiro atual, no entanto,

---

<sup>21</sup> PIOVESAN, Flavia. *Op. cit.*, p. 137-138.

<sup>22</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos Direitos Humanos. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. 2 ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 216.

<sup>23</sup> CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Op. cit.*, p. 28.

é o grande lapso temporal que decorre entre a propositura da ação e o efetivo recebimento do direito pretendido.

Diante da inegável importância dessa garantia do tempo razoável do processo, o Brasil inseriu essa garantia no seu sistema jurídico interno. A primeira vez que isso aconteceu foi quando da ratificação da Convenção Americana dos Direitos do Homem, o Pacto de São José da Costa Rica, no artigo 7º, parágrafo 7º. Esse direito, posteriormente, em 2004, foi inserido na Constituição brasileira com status de direito fundamental (art. 5º, inc. LXXVIII).

Ademais, deve-se considerar que o processo é um modo de pacificação social, no sentido que os cidadãos devem ter confiança no Estado e no processo. Se isso não ocorre, é possível que a autotutela seja mais utilizada, o que pode ser extremamente problemático no Estado Democrático de Direito atual. Sob outro ponto de vista, para aqueles que cometem atos ilegais, a duração desarrazoada do processo leva a uma sensação de impunidade.

Infelizmente, na realidade brasileira atual, é comum que um processo demore bastante para ser finalizado. Obviamente, não se conclui que o processo deve ser encerrado em um espaço de tempo ínfimo. Durante o processo devem ser preservados princípios relevantes, a exemplo da ampla defesa e do contraditório. Nesse sentido, deve ser feito um juízo de proporcionalidade entre a eficácia da decisão (o tempo para resolver a lide) e a segurança jurídica necessária ao processo. É necessário ainda dizer que é extremamente difícil identificar qual seja um “tempo razoável” para a resolução do processo. O melhor é verificar em cada caso concreto qual é esse tempo, dependendo da complexidade da questão, do bem da vida em disputa, entre outros fatores.

No entanto, no caso Maria da Penha, a inércia do Brasil se tornou cristalina. O decurso de 19 anos entre a ocorrência do fato criminoso e a efetiva prisão do condenado mostra a demora na justiça, além da utilização de inúmeros recursos judiciais como forma de retardar a prisão.

### **3.2 A proteção internacional da mulher**

As mulheres são identificadas em diversos diplomas internacionais como pertencentes a grupos vulneráveis. Conseqüentemente, há a necessidade de sua proteção de forma mais

ampla e eficaz. Essa situação ocorre de forma ainda mais ampla em países em desenvolvimento, a exemplo do Brasil<sup>24</sup>.

Para obter proteção mais efetiva os direitos humanos buscam, há algum tempo, a proteção penal. Assim, os violadores de direitos humanos devem ser punidos de forma mais enérgica. A proteção penal dos direitos humanos no plano internacional, segundo Ramos<sup>25</sup>, tem duas facetas, que são: “(i) a obrigação dos Estados de criminalizar determinadas condutas ofensivas a direitos humanos e, ainda, (ii) a obrigação dos Estados de investigar, processar criminalmente e punir os autores das violações de direitos humanos.”. A primeira obrigação se reflete nos mandados internacionais expressos de criminalização, dentre os quais se insere a violência contra a mulher. A segunda reflete a necessidade de, no direito interno, acontecerem investigações e punições rápidas e eficazes.

Tal mandado foi instituído pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em seu artigo 7º<sup>26</sup>. Essa imposição de deveres aos Estados influenciou na edição da Lei Maria da Penha, em 2006.

É salutar destacar, ainda que de forma breve, a contribuição dos órgãos desenvolvimentistas internacionais. O Fundo das Nações Unidas para o Desenvolvimento da Mulher (UNIFEM) é um exemplo. Defendeu, quando de sua criação, a necessidade de concretização dos direitos civis, políticos, econômicos e sociais das mulheres. Naquele contexto entendeu-se que a violência contra a mulher no ambiente doméstico era trivializada, tida como normal e mero reflexo da sociedade<sup>27</sup>. O UNIFEM objetivava que os Estados, bem como os mecanismos internacionais, criassem sociedades que não estimulassem ou permitissem a violência baseada em questões de gênero.

Outro exemplo é a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Esse Tratado foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Dispõe

---

<sup>24</sup> GUIMARÃES, Lytton L. Grupos vulneráveis e desenvolvimento humano. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. 2ª ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 372.

<sup>25</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 282/283.

<sup>26</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, p. 285.

<sup>27</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. 1. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 329.

sobre alguns compromissos que os Estados devem adotar para uma situação de maior igualdade para as mulheres na sociedade atual<sup>28</sup>.

No que tange ao Brasil, de modo específico, pode ser citada a Carta das Mulheres Brasileiras à Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena, 1993. Tal documento foi elaborado por grupos feministas brasileiros em 1993. Objetivava levar às Nações Unidas recomendações para atingir de modo mais efetivo a proteção dos direitos humanos das mulheres no Brasil. Inclui também recomendações específicas ao governo brasileiro. Para isso, esclarece inicialmente o documento quais são os principais atos atentatórios aos direitos humanos, incluindo a questão da impunidade dos agressores, legitimados, muitas vezes, pela opressão da mulher pelo homem<sup>29</sup>.

### 3.3 A Lei Maria da Penha

A Lei Maria da Penha recebeu popularmente esse nome logo após a sua edição, em 7 de agosto de 2006. Trata-se da Lei 11.340. A denominação se justifica pela sua edição ocorrer como consequência do caso de Maria da Penha Fernandes, já referenciado. A importância da Lei é enorme, porque ela abarca não só a majoração da pena do agressor. Em uma análise dos artigos da lei se percebe, por exemplo, a preocupação com a definição do que constitui violência doméstica (art. 5o). São abarcados todos os tipos de violência, como a física, psicológica, sexual, patrimonial e moral (art. 7o). Além disso, é estabelecido claramente que a violência contra a mulher constitui uma forma de violação de direitos humanos (art. 6o).

A preocupação da Lei com a segurança e apoio da vítima é admirável. Reguladas as medidas de prevenção (art. 8o) e assistência (art. 9o), além do atendimento policial (arts. 10, 11 e 12). Há ainda a previsão de medidas protetivas de urgência (arts. 18, 19, 20 e 21).

---

<sup>28</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos Direitos Humanos. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. 2 ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 227.

<sup>29</sup> PIMENTEL, Sílvia. A conferência mundial de direitos humanos (Viena, junho de 1993) e a Carta das Mulheres Brasileiras. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. 2ª ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 399-401.

Enfim, o objetivo da Lei é permitir que as mulheres tenham condições para ajuizar ação com fim de cessar as agressões e se protegerem. Muitas vezes essas mulheres se sentem sozinhas, sem condições financeiras e psicológicas de prestarem queixa. Assim, a lei abarca um rol de medidas que visem assegurar o ajuizamento e o prosseguimento do processo.

### 3.3.1 A eficiência da Lei

Em 2015 o IPEA realizou um estudo visando analisar se a Lei, que já estava em vigor há 8 anos, realmente funcionava e protegia as mulheres em condições de vulnerabilidade. Nesse estudo foi comprovado que o resultado da Lei Maria da Penha é bastante heterogêneo no Brasil. Isso se explica pelos fatores culturais e históricos de cada região, que reagem de modo diverso à vigência da Lei. Ademais, o sucesso da legislação também se relaciona com as condições institucionais de cada localidade (existência de delegacia da mulher, defensores públicos, policiais suficientes, entre outros fatores).

No entanto, *“os resultados mostraram unanimemente que a introdução da LMP gerou efeitos estatisticamente significativos para fazer diminuir os homicídios de mulheres associados à questão de gênero”*<sup>30</sup>. Os resultados do IPEA indiciam que a Lei causou uma diminuição de cerca de 10% na taxa de homicídio contra as mulheres no interior das residências.

Apesar de, em números absolutos, os casos de violência contra a mulher terem crescido em algumas regiões, ainda se pode afirmar que a Lei é efetiva. Isso ocorre porque, se não houvesse essa legislação, os números seriam ainda maiores.

Ademais, somente entre 2006 e 2011, ou seja, após a Lei Maria da Penha, já foram distribuídos 685.905 procedimentos, realizadas 304.696 audiências, efetuadas 26.416 prisões em flagrante e 4.146 prisões preventivas<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> CERQUEIRA, Daniel et al. **Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2048.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2048.pdf)> . Acesso em 14 mar. 2017, p. 34.

<sup>31</sup> Dados disponibilizados pela Campanha Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha, Disponível em <<http://www.compromissoeatitude.org.br/alguns-numeros-sobre-a-violencia-contra-asmulheres-no-brasil>> . Acesso em 14 mar. 2017.

O alcance da Lei também vem se ampliando. Em julho de 2017 o Tribunal de Justiça do Acre concedeu medida protetiva de urgência a transexual vítima de violência doméstica<sup>32</sup>. A decisão é formidável, e mostra que o intuito da lei é proteger quem se encontra em situação desfavorável nas relações conjugais. O juiz considerou que o sexo biológico de nascimento ser masculino não interfere que a vítima, de identidade sexual feminina, seja reconhecida como mulher e, portanto, destinatário das medidas protetivas da Lei Maria da Penha.

Pode-se concluir que a Lei 11.340/06 tem sua efetividade comprovada. Os casos de violência contra a mulher no Brasil ainda são alarmantes, e o objetivo sempre deve ser reduzi-los. No entanto, alguns avanços vêm ocorrendo, ainda que de forma paulatina. Pesquisa realizada pelo Senado revela que, entre 2011 e 2013, quase a totalidade de mulheres no Brasil já tinham conhecimento da existência da Lei Maria da Penha<sup>33</sup>. Esse conhecimento, somado à medidas educativas; conscientização social; endurecimento das penas; diminuição da sensação de impunidade, dentre outros fatores, vão avançando ao longo do tempo e servem para propiciar, cada vez mais, uma sociedade brasileira que seja justa para homens e mulheres, sem preconceitos e violências baseadas no gênero.

#### 4. CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi esclarecer como a proteção internacional de direitos humanos pode influenciar no sistema interno, notadamente no Estado brasileiro. Trabalhou-se especificamente com a proteção da mulher, entendida como grupo vulnerável. Assim, foram analisados os mecanismos de proteção da mulher, no Brasil e internacionalmente.

Portanto, o Estado parte da Convenção deve ser o primeiro a cumprir algumas obrigações. Inicialmente, deve prover recursos internos eficazes, que possibilitem que determinada violação de direito seja apurada de forma mais rápida e eficiente possível. Além disso, o Estado, em alguns casos, principalmente quando se tratar de direitos que exijam uma normatização

---

<sup>32</sup> <http://www.tjac.jus.br/noticias/decisao-inedita-assegura-medida-protetiva-de-urgencia-a-transexual-vitima-de-violencia-domestica/> Acesso em 14 mar 2017.

<sup>33</sup> <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2015/08/10/violencia-domestica-e-familiar-contramulher> Acesso em 14 mar. 2017.

específica, deve ainda realizar medidas legislativas. Essas exigências servem para que os Estados cumpram sua obrigação internacional de realizar os direitos humanos de forma plena.

Ademais, trabalhou-se com um caso específico, de Maria da Penha Fernandes, objetivando-se demonstrar que, mesmo quando o Estado brasileiro age de forma ineficiente ou inerte, o cidadão brasileiro tem outros meios para assegurar a proteção de seus direitos humanos. O relatório 54/2001, emitido pela Comissão, foi essencial para dar maior visibilidade aos casos de violência doméstica ocorridos no Brasil e propiciaram, anos depois, que uma lei específica fosse produzida no Brasil.

Quando o assunto é violência contra a mulher sabe-se que há uma complexidade e que nenhuma resposta é simples. O Brasil é um país direitos das mulheres. A sociedade perpetua, mesmo que muitas vezes sem perceber, ideias machistas e misóginas, que diminuem a mulher e as colocam como subordinadas, que devem sempre suprir os desejos masculinos. Em uma sociedade tão machista, a modificação legal não é suficiente para extirpar os casos de violência contra a mulher. No entanto, a grande visibilidade que a lei atingiu é importante para diminuir a sensação de impunidade nesse tipo de crime. Ademais, a mulher se sente mais confiante para denunciar, tendo a segurança que será protegida e que não sofrerá represálias por parte do parceiro. O caminho é longo e árduo. Mas a Lei Maria da Penha é um grande passo que, sem dúvidas, deve ser celebrado.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos Direitos Humanos. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. 2 ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. 1. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CERQUEIRA, Daniel et al. **Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, 2015. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/imagens/stories/PDFs/TDs/td\\_2048.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/imagens/stories/PDFs/TDs/td_2048.pdf) Acesso em: 14/03/2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório 54/2001**. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299\\_Relat%20n.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf) Acesso em: 02/03/2017.

- Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível em: [http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm) Acesso em: 02/03/2017.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha** – comentada artigo por artigo. 4 ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2012. GALLARDO, Helio. **Teoria crítica: matriz e possibilidade de direitos humanos.** São Paulo: Editora Unesp, 2014.
- GUIMARÃES, Lytton L. Grupos vulneráveis e desenvolvimento humano. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro.** 2 ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.
- MARCHESI, Antonio. **La protezione Internazionale dei diritti umani.** Nazioni Unite e organizzazioni regionali. Milano, Italy: FrancoAngeli, 2011.
- PIMENTEL, Silvia. A conferência mundial de direitos humanos (Viena, junho de 1993) e a Carta das Mulheres Brasileiras. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro.** 2 ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016

# A PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO HOMOAFETIVA NA INTERPRETAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: CASO *ATALA RIFFOY NINÃS VERSUS CHILE.*

JEANCEZAR DITZZ DE  
SOUZA RIBEIRO<sup>1</sup>

**RESUMO:** O trabalho apresenta o caso *Atala Riffo y niñas versus Chile*, decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 24 de fevereiro de 2012. No que se refere à proibição da discriminação baseada em orientação sexual é o primeiro caso julgado pela Corte concernente à violação aos direitos da diversidade sexual. O marco teórico é o da teoria crítica de Herrera-Flores (2009), em que o Direito não é fim em si mesmo, mas meio, por isso a necessidade de mobilização humana no exercício do pleno direito de participação. Nesse sentido, o objetivo do trabalho é

avaliar as consequências das esmagadoras formas de submissão dos grupos humanos, que vão da violência física ao controle imaterial de suas liberdades de expressão, castrando os direitos das minorias de gênero e autorizando ou fechando os olhos diante das discriminações contra as minorias sexuais. Por fim, procura-se demonstrar, à luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva da implementação da decisão, que a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, no que se refere ao princípio da igualdade, é caracterizada por ser uma cláusula aberta de forma a incluir a categoria da orientação sexual, impondo aos Estados a obrigação geral de assegurar o exercício de direitos, sem qualquer forma de discriminação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Igualdade; discriminação por orientação sexual; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

**ABSTRACT:** This paper presents the *Atala Riffo y niñas versus Chile*, decided by the Inter-American Court of Human Rights, on 24 February 2012. It is the first case decided by the Court concerning the violation of rights of sexual diversity and discrimination against gays. This paper is based on critical theory of Herrera Flores (2009), in which the law is not an end, but something else, and the law needed to be possessed for human mobilization in the exercise of full participation. In this sense, the objective is

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) - Largo São Francisco (2011-2015). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto/UFOP (2003) e Mestrado em Relações Internacionais pela Universidade Federal

Fluminense/UFF (2007). É Professor de Direito Internacional no Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro, Unilasalle/RJ (desde fevereiro de 2010). É Professor Adjunto de Direito Internacional na Universidade Candido Mendes (UCAM/RJ).

to assess the consequences of overwhelming forms of submission of human groups, ranging from physical violence to immaterial control of their freedoms of expression, castrating the rights of gender minorities and authorizing or closing his eyes to the discrimination against sexual minorities. Finally, we seek to demonstrate, in the light of a dynamic and evolving understanding of the implementation of the decision, that the American Convention on Human Rights, Pact of San Jose, in relation to the principle of equality, it is characterized by being a “open clause” to include the orientation category sexual, impose to the States the general obligation to ensure the exercise of rights without discrimination.

**KEYWORDS:** Equality; LGBT’s discriminations; Inter-American Court of Human Rights.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Livre e iguais: a igualdade na era da “universalidade” dos Direitos Humanos. 3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). 4. Proibição da Discriminação por Orientação Sexual. 5. O Caso *Atala Riffo y Niñas versus Chile* na Corte Interamericana de Direitos Humanos. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

Discorrer sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é falar sobre a outra ponta da luta pelos direitos humanos. Não bastou o mero reconhecimento jurídico ao se declararem direitos universais, pois “os direitos humanos não devem confundir-se com os direitos positivados no âmbito nacional ou internacional”. Na perspectiva crítica dos Direitos Humanos, “admitir que o direito cria direito significa cair na falácia do positivismo mais retrógrado que não sai de seu próprio círculo vicioso”<sup>1</sup>.

Destarte, “quando a crença nos direitos humanos se torna mais difundida, temos de enfrentar o mundo que foi forjado por esse esforço”, prosseguindo, nesse sentido, “temos de imaginar o que fazer com os torturadores e os assassinos, como prevenir o seu surgimento no futuro sem deixar de reconhecer, o tempo todo que eles são nós”<sup>2</sup>. Os torturadores não podem ser tolerados, mas ao mesmo tempo não devem ser desumanizados.

Em razão disso, propõe-se aqui a análise da primeira decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a proibição da discriminação por orientação sexual (*homoafetividade*), “à luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva”<sup>3</sup>. Visto que as profundas marcas deixadas no tempo sobre perseguições e extermínios de *gays*, ainda estão latejando hoje em dia, e demandam esforços para efetivar a proteção dessas minorias sexuais como um grupo social.

Assim, o *leading case Atala Riffo y niñas versus Chile*, é o primeiro caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos concernente à violação aos direitos da diversidade sexual, “inexistindo, portanto, um universo de precedentes a permitir a criação de uma tipologia de casos”<sup>4</sup>. Em outros termos, é o *direito fundamental à livre orientação sexual*, no direito ao respeito, por parte do Estado e de terceiros, “de preferência sexual e

---

<sup>1</sup> HERERA-FLORES, Joaquín. **A (Re)invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 28.

<sup>2</sup> HUNT, Lynn. **A invenção dos Direitos Humanos: uma história**. São Paulo: Cia das Letras, 2009, p. 28 *et seq.*

<sup>3</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7ª ed. Prefácio de Fábio Konder Comparato. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 443.

<sup>4</sup> *ibidem*, p. 443.

afetiva de cada um”, não podendo dessa diferença na afetividade ser extraída nenhuma consequência negativa ou restrição de direitos<sup>5</sup>.

Portanto, não se pode construir direitos humanos autônomos, ou seja, “sem contato com as realidades ‘reais’ nas quais vivemos; neutros e conseguidos de uma vez por todas”<sup>6</sup>. Afinal, o que se quer, é estabelecer uma maior participação “democrática-emancipadora”<sup>7</sup>, visto que “os problemas sempre afetam os menos favorecidos pelos sistemas de poder, e as convenções de direitos têm uma forte carga de assunção de deveres e responsabilidades”<sup>8</sup>.

A liberdade entre os indivíduos e a prosperidade das nações não foram suficientes para garantir o respeito à dignidade humana e ao multiculturalismo. Por vezes, ocorreu o oposto, visto que a “liberdade” serviu, em algumas circunstâncias, para aumentar a agressividade e acirrar os antagonismos; agravar as formas de opressão e instalar diferenças injustas.

A paz social, o bem-estar coletivo, a justiça e a própria liberdade estão intimamente relacionadas a um sistema que necessita proteger os mais fracos e os desfavorecidos, promovendo as medidas necessárias à transformação da sociedade em uma perspectiva comunitariamente assumida de progresso, de justiça e de bem-estar. Nessa mesma linha de raciocínio, Habermas defende que

As autonomias privada e pública pressupõem-se reciprocamente. O nexo interno da democracia com o Estado de direito consiste no fato de que, por um lado, os cidadãos só poderão utilizar condizentemente a sua autonomia pública se forem suficientemente independentes graças a uma autonomia privada assegurada de modo igualitário. Por outro lado, só poderão usufruir de modo igualitário da autonomia se eles, como cidadãos, fizerem um uso adequado da sua autonomia política<sup>9</sup>.

Estar em pleno gozo de participação dos direitos é usufruir dos meios na hora de garantir o resultado das lutas e dos interesses sociais. Em suma, a construção simbólica da

---

<sup>5</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 487.

<sup>6</sup> HERRERA-FLORES, Joaquín, *Op. Cit.*, p. 44.

<sup>7</sup> Herrera-Flores, *op. cit.*, p. 102, vai dizer que “a versão imperialista-colonialista do conhecimento deve ser superada por um tipo de conhecimento democrático-emancipador, cujo objetivo seja a implantação de relações de solidariedade entre nós e os outros”.

<sup>8</sup> *ibidem*, p. 97.

<sup>9</sup> HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 149.

violência e do extermínio de minorias de gênero dialogam com a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a proibição da discriminação homoafetiva, conforme se pretende demonstrar.

## 2. LIVRES E IGUAIS: A IGUALDADE NA ERA DA “UNIVERSALIDADE”<sup>10</sup> DOS DIREITOS HUMANOS<sup>11</sup>

Em primeiro aspecto, é preciso considerar, a ascensão do indivíduo como sujeito pleno do Direito Internacional contemporâneo, que trouxe impacto relevante na mudança quanto ao entendimento sobre o princípio da igualdade jurídica formal para algo mais afirmativo e propositivo, aplicável aos *gays*. Pode-se afirmar que a ascensão do indivíduo como sujeito “é “a mais considerável transformação em relação conceito clássico e estático das relações estritamente interestatais”<sup>12</sup>.

Para Ferrajoli, no mesmo sentido, no novo ordenamento jurídico internacional, são de fato sujeitos de Direito Internacional não somente os Estados, mas também os indivíduos e os “povos”: os primeiros como titulares, como confrontos de seus próprios Estados, dos direitos humanos a eles conferidos pela Declaração de 1948 e pelos Pactos de 1966; “os segundos enquanto titulares do direito de autodeterminação, reconhecido pelo artigo 1º dos Pactos”. Para dimensionar no plano teórico a mudança ocorrida, o quanto teria sido impensável, antes da Carta da ONU, o recurso de um cidadão contra o próprio Estado perante uma jurisdição internacional<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Segundo a perspectiva crítica, “Direitos humanos” é o diálogo intercultural, o processo de luta pela dignidade. Eles não são um fim em si mesmos, são produtos culturais e, portanto, não podem ser universais, dado que existem muitas formas diferentes de se buscar a dignidade. Cf. HERRERA-FLORES, Joaquín. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, *passim*.

<sup>11</sup> RAMOS, André de Carvalho, *ibidem*, p. 473.

<sup>12</sup> Para Paulo Borba Casella, “a emergência do ser humano como sujeito de direito internacional pós-moderno é a mais considerável transformação em relação ao conceito clássico e estático das relações estritamente estatais. A passagem das relações estatais diretas à institucionalização destas, por meio de ‘interpostas pessoas’, as organizações internacionais representam avanço considerável rumo à institucionalização do direito internacional”, CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 1352.

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 45.

Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e contra qualquer incitamento à discriminação. No plano do Direito Internacional, verificou-se um processo de amplo reconhecimento de direitos de igualdade mediante sua incorporação em diversos tratados ou convenções, sejam eles de amplitude universal, como no caso do artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, de acordo com o qual todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei, sejam eles de abrangência regional, como é o caso da Convenção Americana de e Direitos Humanos (1969), cujo artigo 24, de modo quase idêntico ao disposto no Pacto de Direitos Civis e Políticos, preceitua que todas as pessoas são iguais perante lei<sup>14</sup>.

Por conseguinte, todos têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei. Os tratados de Direitos Humanos, segundo a melhor doutrina, uma vez ratificados pelos Estados, assumem a condição de normas de caráter vinculante, além de preverem cláusulas gerais, em parte também preveem cláusulas especiais de igualdade ou foram complementados por outros documentos destinados a combater as mais diversas modalidades de discriminação, como é o caso das Convenções sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1965) e da mulher (1979), bem como, mais recentemente, da Convenção sobre pessoas com deficiência, apenas para citar os exemplos mais conhecidos<sup>15</sup>.

Por outro lado, a proibição de qualquer tipo de discriminação arbitrária e contrária à igual dignidade de cada ser humano e a pretensão de igual respeito e consideração, inclusive de suas qualidades e circunstâncias pessoais, indicam como o princípio da dignidade da pessoa humana passou a integrar a própria concepção de igualdade constitucional, operando como critério material de valoração, notadamente no que diz com a definição das discriminações materialmente não razoáveis, ou seja, a proibição de tratamentos diferenciados com base em critérios que violam a dignidade da pessoa humana<sup>16</sup>. Resulta evidente que não se esgota o papel da dignidade da pessoa humana para a compreensão do

---

<sup>14</sup> SARLET, Ingo. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 540 *et. seq.*

<sup>15</sup> SARLET, *ibidem*, p. 540.

<sup>16</sup> GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **Estudos sobre o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 61.

princípio da igualdade e dos direitos de igualdade, o que pode incluir à igualdade de tratamento de minorias sexuais e a proibição de discriminação, por exemplo.

Anterior à criação da Organização das Nações Unidas, o Instituto de Direito Internacional, em sessão de 12 de outubro de 1929, adotou uma Declaração Internacional dos Direitos do Homem que apresenta a igualdade como direito fundamental do ser humano. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948<sup>17</sup>, no mesmo sentido, prevê logo nas primeiras linhas do Preâmbulo que todos os homens nascem livres e iguais em dignidades e direitos. No artigo II enumera que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados sem distinção de raça, língua, crença ou qualquer outra distinção.

O direito de igualdade perante a lei é expressamente reconhecido no Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 reafirma que todas as pessoas são iguais perante a lei e, por conseguinte, todos têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei<sup>18</sup>.

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos o direito à igualdade e não discriminação, acolhidos no Pacto de São José da Costa Rica, têm como fundamento na unidade da natureza do indivíduo e é inseparável de sua dignidade essencial, frente à qual é intolerável toda situação que considere determinado grupo superior diferente ou separado, o que leva a privilegiá-lo no tratamento. Considera que é inadmissível criar diferenças de tratamento entre os indivíduos que não correspondam à sua única e idêntica natureza. E, em função do reconhecimento da igualdade perante a lei, proíbe-se todo tratamento discriminatório<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Resolução XXX, Ata final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948. O Pacto de São José da Costa Rica, no artigo 1.1, amplia o sentido das vedações às distinções. *Os Estados-partes na 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.*

<sup>18</sup> O Pacto de São José da Costa Rica foi concluído e assinado em São José em 22 de novembro de 1969. O Brasil aderiu ao Pacto em 25 de setembro de 1992, promulgado pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. A entrada em vigor internacional ocorreu em 18 de julho de 1978.

<sup>19</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Condição jurídica e direitos humanos da criança*. Opinião Consultiva 17/02, de 28.08.2002, Série A n. 17, parágrafo 45; *Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização* OC-4/84, de 19.01.1984, Série A n. 4, parágrafo 55; e *Condição*

Além disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considera o direito à igualdade como um princípio do *jus cogens*, ou seja, norma imperativa do Direito Internacional, aplicável a todo Estado. Para a Corte, o princípio da igualdade possui um caráter fundamental para a salvaguarda dos Direitos Humanos, tanto no Direito Internacional como no interno, é um princípio de direito imperativo. Os Estados têm a obrigação de não introduzir em seu ordenamento jurídico qualquer regulamentação discriminatória, de eliminar as regulamentações e as práticas de caráter discriminatório. Devem os Estados estabelecer normas e outras medidas que reconheçam e assegurem a efetiva igualdade diante da lei de todas as pessoas<sup>20</sup>.

Há um vínculo indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e o princípio da igualdade. Os Estados estão obrigados a respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades sem nenhuma discriminação. O descumprimento pelo Estado, mediante qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e de garantir os direitos humanos, pode gerar a responsabilidade internacional do Estado violador<sup>21</sup>.

Em uma perspectiva histórica, pode-se afirmar que a igualdade, a universalidade e o caráter natural dos direitos ganharam expressão política direta pela primeira vez na Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

No entanto, adverte Fabio Konder Comparato, que a reinvenção política da democracia foi a fórmula encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais grupos do antigo regime – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. De qualquer modo, não deixa de ser um feito notável da primeira geração dos direitos humanos e da legitimidade democrática. Os contornos

---

*Jurídica e direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados*. OC 18/03, de 17.09.2003, Série A n. 18, parágrafo 87.

<sup>20</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Yatama vs. Nicarágua*, sentença de 23.06.2005, Série C n. 127, parágrafo 185.

<sup>21</sup> CIDH. *Condição Jurídica e Direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados*. OC 18/03 de 17.09.2003, Série A, n. 18, parágrafo 85; 95; 96, e 106.

atuais do Estado Moderno, por sua vez caracterizam-se pela valorização do indivíduo<sup>22</sup> e pela conquista dos direitos individuais no plano internacional. Manifesta-se em três setores: o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado<sup>23</sup>.

O indivíduo é consagrado à categoria de sujeito de Direito Internacional Público, com fundamento na Carta da Organização das Nações Unidas em 1945, os pactos de direitos civis e políticos, de direitos econômicos, sociais e culturais, bem como as convenções estabelecidas para garantir a proteção de direitos específicos, bem como dos Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, nesse ensejo, foi a forma jurídica encontrada pela comunidade internacional de eleger os direitos essenciais para a preservação da dignidade do ser humano. Em sua real dimensão, esse documento deve ser visto como um libelo contra toda e qualquer forma de totalitarismo<sup>24</sup>. O sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos está dividido em dois grandes níveis, o global, cuja competência está a cargo da Organização das Nações Unidas e os chamados sistema regionais, que se compreendem a partir do componente geográfico-espacial<sup>25</sup>.

A proteção de direitos humanos nas Américas, por sua vez, é formada essencialmente por quatro importantes diplomas normativos: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador, relativo aos direitos sociais e econômicos<sup>26</sup>. Um dos órgãos da Convenção Americana de Direitos Humanos é a *Corte Interamericana de Direitos Humanos*, uma instituição judicial autônoma e especializada, não sendo um órgão da OEA, mas da Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo previsão do artigo 33 da Convenção. A Corte tem a função de aplicação, de observação dos

---

<sup>22</sup> ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Introdução de Celso Lafer. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, Salamandra Editorial. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1981 e 1999.

<sup>23</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67.

<sup>24</sup> ALMEIDA, Guilherme. ALMEIDA, Guilherme de Assis. PERRONE-MOISÉS, Claudia (coordenadores). **Direito Internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2.

<sup>25</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 305.

<sup>26</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 185.

julgamentos e da condenação dos Estados-membros violadores das regras que compõem a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. A Corte tem jurisdição internacional sobre os Estados membros do Pacto de São José da Costa Rica, como o Brasil<sup>27</sup>.

Cançado Trindade, ex-juiz presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, afirma que em meados do século XX reconheceu-se a necessidade da reconstrução do Direito Internacional com atenção aos direitos do ser humano, do que deu eloquente testemunho a adoção da Declaração Universal de 1948, seguida, ao longo de cinco décadas, por mais de 70 tratados de proteção hoje vigentes nos planos global e regional. E como denominador comum do *direito universal da humanidade* tem sido a atenção especial às condições de vida da população, em especial os grupos vulneráveis necessitados de proteção especial. O que resulta o reconhecimento universal da necessidade de situar os seres humanos de modo definitivo no centro de todo o processo de desenvolvimento das normas de proteção dos Direitos Humanos.

A reconstrução humanista do Direito Internacional em busca de um novo *jus gentium* constituiu um imperativo. A renovação corrente do ordenamento jurídico internacional, sobre bases humanas, vem tomando por fundamento conceitual cânones inteiramente distintos dos do ordenamento meramente interestatal, como o são os da realização de valores comuns superiores, da titularidade de direitos do próprio ser humano, da garantia coletiva de sua realização, e do caráter objetivo das obrigações de proteção<sup>28</sup>.

Com efeito, continua o atual Juiz da Corte Internacional de Justiça, os grandes desafios de nossos tempos – a proteção do ser humano e do meio ambiente, o desarmamento, a erradicação da pobreza crônica e das discriminações, a superação das disparidades alarmantes entre os países e dentro deles, e a busca do desenvolvimento humano – têm incitado à revitalização dos próprios fundamentos e princípios do direito internacional contemporâneo, tendendo a fazer a abstração de soluções jurisdicionais e espaciais (territoriais) clássicas e deslocando muitas vezes a ênfase para a noção de solidariedade<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 190.

<sup>28</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os rumos do Direito Internacional contemporâneo: de um *jus inter gentes* a um novo *jus gentium* no século XXI (2001). In. **O direito internacional em um mundo em transformação** (Ensaio, 1976-2001). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1076.

<sup>29</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial por um novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade – Discurso proferido pelo Autor na sessão solene da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, por

Sobre a subjetividade internacional do ser humano, nas palavras de Florisbal de Souza Del’Olmo, o Estado como sujeito do Direito Internacional não é fim, mas sim o meio; e que “subordinar, portanto, o ser humano à boa vontade estatal é ilógico, incongruente e impensável nos dias atuais”<sup>30</sup>.

Um dos fundamentos do indivíduo como titular de personalidade jurídica no âmbito internacional é o acesso aos tribunais regionais de direitos humanos, uma possibilidade que está à disposição da pessoa humana. A personalidade internacional do ser humano deve ser admitida como uma realidade, buscando adequar os mecanismos que conduzam a sociedade internacional a uma desejável harmonia e espírito solidário.

O direito à igualdade é uma “*exigência de um tratamento sem discriminação odiosa, que assegure a fruição adequada de uma vida digna*”. É importante ressaltar que o caminho para a afirmação dos direitos humanos, encontra eco no princípio da igualdade. Os grupos sociais mais vulneráveis, por sofrerem permanentemente violação de direitos fundamentais, por exemplo, necessitam de uma proteção especial, segundo o entendimento sobre a Conferência das Mundial de Direitos Humanos de 1993. Por essa razão, a tarefa do jurista é impor a igualdade de todos, *gays* ou não<sup>31</sup>.

### 3 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição de natureza judicial autônoma e especial, tem a função de aplicar, observar, julgar e condenar os Estados-mem-

---

ocasião da outorga da medalha de Honra ao Mérito “Pontes de Miranda”, realizada no Rio de Janeiro, em 25 de maio de 2004. In. MENEZES, Wagner (coordenador). **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. v. 1 – Agosto/Dezembro. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 9.

<sup>30</sup> DEL’OLMO, Florisbal de Souza. A subjetividade do ser humano: algumas reflexões, p. 702. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 689-706.

<sup>31</sup> MÜLLER, Friedrich. Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia, p. 94, *apud* RAMOS, *op. cit.*, 2014, p. 489 *et seq.*

bros que violam a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, dos Estados que declararam a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória. Tem sede em São José, na Costa Rica, e tem como idiomas de trabalho o inglês e o espanhol<sup>32</sup>.

Seja por meio da natureza consultiva ou contenciosa, a Corte Interamericana tem contribuído ao máximo para a proteção dos Direitos Humanos nas Américas, reforçando a necessidade e a importância do Sistema Interamericano: O sistema interamericano tem assumido extraordinária relevância, como especial *locus* para a proteção dos Direitos Humanos. “O sistema interamericano salvou e continua salvando muitas vidas; tem contribuído de forma decisiva para a consolidação do Estado de Direito e das democracias na região”<sup>33</sup>. O sistema interamericano de Direitos Humanos procura combater a impunidade e assegurar às vítimas o direito à esperança de que a justiça seja feita.

Acredita-se, portanto, que a partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos Direitos Humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. A soberania do Estado submete-se a regras jurídicas, com a prevalência dos Direitos Humanos. “Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e revitalização, em prol da proteção dos Direitos Humanos”<sup>34</sup>. Cançado Trindade reforça essa ideia ao dizer que “nenhum Estado se encontra eximido de responder, por seus atos e omissões, a denúncias de violações de Direitos Humanos, ante órgãos de supervisão internacional”<sup>35</sup>.

#### 4 A PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL

A ideia de proteção das minorias por orientação sexual e identidade de gênero é bastante simples, os direitos fundamentais não admitem exceções. “E se aplicam a todos os seres humanos, em decorrência de sua condição básica da humanidade, inclusive em

---

<sup>32</sup> MENEZES, *ibidem*, 2013, p. 188 *et seq.*

<sup>33</sup> PIOVESAN, *ibidem*, 2011, p. 342.

<sup>34</sup> *ibidem*, 2011, p. 92.

<sup>35</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial por um novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade. In. MENEZES, Wagner (coordenador). *ibidem*, 2013, p. 84.

relação à orientação sexual e à identidade de gênero”. Ressalta que, embora incipiente na ordem internacional, os *Princípios de Yogyakarta*, adotados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, propõe normas para aperfeiçoar a proteção de todos, em matéria de orientação sexual e de identidade de gênero<sup>36</sup>.

Flávia Piovesan, atual comissária interamericana de Direitos Humanos, ressalta a resolução da Assembleia Geral da OEA, de 7 de junho de 2011, no qual os Estados condenam toda e qualquer discriminação e violência fundada em orientação sexual, encorajando a adoção de políticas públicas de combate à discriminação por orientação sexual e para a proteção de suas vítimas<sup>37</sup>.

Assim seguem as propostas de direitos humanos, perseguidas pelo Direito Internacional. Não podendo esquecer que o pensamento crítico demanda a busca permanente da exterioridade em relação ao sistema dominante. Estamos em um período em que as críticas devem se unir para enfrentar as políticas liberais e a mundialização de uma só forma de entender as relações sociais: a neoliberal. Por isso, Herrera (2009) aponta que uma teoria crítica do direito deve se sustentar, então, sobre os pilares do reforço das garantias reconhecidas juridicamente, mas, igualmente, o *empoderamento* dos grupos mais desfavorecidos, lutando por novas formas, mais igualitárias e generalizadoras, de acesso aos bens protegidos pelo direito<sup>38</sup>, o que aqui se vislumbra na defesa e na promoção da igualdade de minorias sexuais.

---

<sup>36</sup> CASELLA, Paulo Borba. “A proteção internacional dos direitos das minorias: o caso da minoria por orientação sexual e identidade de gênero”, p. 185. In: JUBILUT, Líliliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito à diferença**: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>37</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 445. Prossegue a autora no sentido de que “por sua vez, em 3 de novembro de 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu uma ‘unidade para los derechos de las lesbianas, los gays y las personas trans, bissexuales e intersexuais’. Para a Comissão Interamericana: ‘la orientación sexual y la expresión de género son componentes fundamentales de la vida privada de las personas. La CIDH há enfatizado que el derecho a la vida privada garantiza esferas de la intimidad que el Estado ni nadie puede invadir, tales como la capacidade para desarrollar la própria personalidad y aspiración y deter su propia identidad, así como campos de actividad de las personas que son propios y autónomos de cada quién, tales como sus decisiones, sus relaciones interpersonales y familiares y su hogar”.

<sup>38</sup> HERRERA-FLORES, *op. cit.*, 2009, p. 59.

## 5 O CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VERSUS CHILE NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Os fatos deste caso estão relacionados com o processo de custódia ou guarda levado aos tribunais chilenos pelo pai das três crianças (*niñas*) contra Karen Atala Riffo, considerando que a orientação sexual da mãe (publicamente lésbica) e de estar com um casal do mesmo sexo iria produzir danos para as três filhas. A este respeito, a CIDH teve de decidir, *inter alia*, a responsabilidade internacional do Estado chileno para o alegado tratamento discriminatório e interferência arbitrária na vida privada e familiar que teria sofrido a Sra. Atala, por causa de sua orientação sexual, no processo judicial resultou na remoção do cuidado e da custódia de suas filhas M., V. e R. Para este efeito, a Corte analisou, entre outros, os argumentos apresentados pelo julgamento da Corte Suprema de Justiça do Chile e da decisão do Tribunal de Menores da guarda provisória<sup>39</sup>.

Deste modo, a Corte declarou que **não** desempenha funções de "quarta instância", razão pela qual não caberia à Corte IDH estabelecer se a mãe ou o pai das três meninas poderiam oferecer o melhor lugar para as crianças. A Corte não poderia valorar as provas para decidir sobre a guarda das crianças, aspectos que estão fora do âmbito deste caso.

Na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi declarado o Chile internacionalmente responsável por ter violado: i) o direito à igualdade e à não discriminação, consagrado no artigo 24 (igualdade perante a lei), combinado com o artigo 1.1 (obrigação de respeitar e de garantia) da Convenção Americana, em prejuízo de Karen Atala Riffo; ii) o direito à igualdade e à não discriminação, consagrado no artigo 24 (igualdade perante a lei), combinado com os artigos 19 (direitos) e 1.1. (Obrigação de respeitar e garantir) da Convenção Americana, em prejuízo das meninas M., V. e R.; iii) o direito à privacidade consagrado no artigo 11.2 (proteção da honra e da dignidade), em conjugação com o artigo 1.1. (Obrigação de respeitar e garantir) da Convenção Americana, em prejuízo de Karen Atala Riffo; iv) os artigos 11.2 (proteção da honra e da dignidade) e 17,1 (proteção

---

<sup>39</sup> Ficha técnica do Caso Atala Riffo y niñas versus Chile. *Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Sentencia de 24 de febrero de 2012* (Fondo, reparaciones y costas). Disponível em: <[www.corteidh.org.cr](http://www.corteidh.org.cr)>. Acesso em: 15 de mar. 2015.

da família) em conjunto com) o artigo 1.1 (obrigação de respeitar e garantir da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Riffo e meninas M., V. I.; v) o direito de ser ouvido, consagrado no artigo 8.1 (garantias judiciais), conjugado com os artigos 19 (direitos) e 1.1 (obrigação de respeitar e garantir) da Convenção Americana, em prejuízo das meninas M., V. e R., e vi) garantir a equidade consagrado no artigo 8.1 (garantias judiciais), em conjunto com) o artigo 1.1 (obrigação de respeitar e garantir da Convenção Americana, em relação ao processo disciplinar, em detrimento de Karen Atala Riffo.

A Corte reiterou que o artigo 1.1 da Convenção americana de Direitos Humanos é uma norma de caráter geral, cujo conteúdo se estende a todas as disposições do tratado, e dispõem sobre a obrigação dos Estados partes de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e das liberdades reconhecidos na Convenção, sem discriminação alguma. Qualquer que seja a origem ou a forma que assuma, todo tratamento que pode ser considerado discriminatório viola e é incompatível com os direitos previstos na Convenção.

Além disso, em respeito ao direito à igualdade e não discriminação, a Corte estabeleceu que a orientação sexual e a identidade de gênero também são categorias protegidas pela Convenção Americana, ao mencionar, “outra condição social”, estabelecida no artigo 1.1 da Convenção. Por isso está vedada qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual da pessoa. Em consequência nenhuma norma, decisão ou prática do direito interno, seja por parte de autoridades estatais ou por particulares, podem diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de uma pessoa a partir de sua orientação sexual.

Por fim, extraindo um conceito significativo de Cançado Trindade, dizer que a consciência humana desperta para sua importância, é dizer que ela mesma é fonte material última do direito. Razão pela qual, não se pode afastar que, tratando-se do bem maior da existência humana, não se pode pensar em um direito que se sustenta sem os que controlam seu funcionamento, ou seja, os seres humanos e sua diversidade. “Assim, permitindo que o princípio da tolerância atue, possibilitando, então, a coexistência igualitária de todos e de todas no interior de uma comunidade política”<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> HABERMAS, *op. cit.*, 2001, p. 161.

## 6. CONCLUSÃO

Por tudo exposto, pode se concluir que, com base nos argumentos desenvolvidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso analisado, que *a igualdade é inseparável da dignidade essencial de cada pessoa, frente à qual toda situação que, por considerar superior um determinado grupo implique tratá-lo com privilégios. Ou que, por considerá-lo inferior o trate com hostilidade*, ou o trate com discriminação no gozo de direitos reconhecidos.

Não menos atento a proposta de que a ampliação da interpretação da ideia de igualdade, para incluir a igualdade de gênero, bem como a proibição da discriminação, atende a uma lógica internacional de proteção dos direitos humanos, pode-se dizer também que os direitos humanos foram “inventados”<sup>41</sup> e devem continuar suas “(re)invenções”<sup>42</sup> interagindo “relacionalmente”<sup>43</sup> mais a partir do que vêm de baixo, assumindo desde o início uma perspectiva contextual e crítica, emancipadora<sup>44</sup>. Isso porque, ao contrário da visão tradicional do direito, na qual grande parte das abordagens teóricas buscavam compreender a natureza dos direitos resultando em puras abstrações, em vazias declarações de princípios ou em meras confusões com categorias afins, urge-se a implementação de uma nova perspectiva, na qual a abordagem dos direitos não deve ser simplificada ou mesmo reduzida sua complexidade, visto que isso poderia implicar sempre na deformação de perigosas consequências para os que sofrem a cada dia as injustiças de uma ordem global baseada na desigualdade e na invisibilidade das causas profundas de seu empobrecimento.<sup>45</sup>

Assim, a partir de uma interpretação dinâmica e evolutiva da Convenção Americana de Direitos Humanos, caracteriza-se o artigo 1º, da proibição de qualquer forma de discriminação, como uma cláusula aberta, de forma que inclui a *homoafetividade*, impondo aos Estados a obrigação de assegurar o exercício desses direitos. Para a Corte

---

<sup>41</sup> Cf. HUNT, Lynn. *Op. cit.*, 2009,

<sup>42</sup> Cf. HERRERA-FLORES, Joaquín. *Op. cit.*, 2009.

<sup>43</sup> Expressão apontada por Bourdieu, quando destaca o real relacional. BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. São Paulo: Bertrand Brasil, 2004, p. 28.

<sup>44</sup> HERRERA-FLORES, *Op. Cit.*, 2009, p. 18.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 42.

Interamericana de Direitos Humanos, o princípio da igualdade e da proibição de discriminação sexual ingressou no domínio das chamadas normas imperativas de Direito Internacional geral, *jus cogens*, amparando a ordem pública nacional e internacional que permeia todo ordenamento jurídico. Por fim, a Corte informa que *a falta de consenso no interior dos países sobre o pleno respeito a direitos de minorias sexuais não pode ser considerada como um argumento válido para negar-lhes ou restringir-lhes direitos humanos ou perpetuar ou reproduzir discriminações históricas ou estruturais que estas minorias tenham sofrido*.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Guilherme. ALMEIDA, Guilherme de Assis. PERRONE-MOISÉS, Claudia (coordenadores). **Direito Internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Introdução de Celso Lafer. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, Salamandra Editorial. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1981 e 1999.
- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. São Paulo: Bertrand Brasil, 2004.
- BRASIL. **Pacto de São José da Costa Rica, Convenção Americana de Direitos Humanos**. Promulgada pelo Dec. 678, de 06 de novembro de 1992.
- CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Condição Jurídica e Direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados**. Opinião Consultiva 18/03 de 17.09.2003, Série A, n. 18, parágrafos 85; 87; 95; 96 e 106.
- \_\_\_\_\_. **Condição jurídica e direitos humanos da criança**. Opinião Consultiva 17/02, de 28.08.2002, Série A n. 17, parágrafo 45.
- \_\_\_\_\_. **Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização** Opinião Consultiva 04/84, de 19.01.1984, Série A n. 4, parágrafo 55.
- \_\_\_\_\_. **Caso Atala Riffo y niñas versus Chile: Fondo, reparaciones y costas**. Sentença de 24 de fevereiro de 2012.
- \_\_\_\_\_. **Caso Yatama vs. Nicarágua**: sentença de 23.06.2005, Série C n. 127, parágrafo 185.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza. A subjetividade do ser humano: algumas reflexões, p. 702. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo**:

- estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- GARCIA, Maria da Glória F P D. **Estudos sobre o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2005.
- GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 6ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional – ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HÖFFE, Otfried. **A Democracia no Mundo de Hoje**. Tradução de Tito Lívio da Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HERRERA-FLORES, Joaquín. **A (Re)invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009
- HUNT, Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos: Uma história**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Resolução XXX, Ata final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**, 7ª ed. Prefácio de Fábio Konder Comparato. São Paulo: Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 185
- RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e Relações internacionais: textos coligidos, ordenados e anotados (com prólogo)**. 7ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23 ed., revista e atual. – São Paulo: Cortez, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial por um novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade. In. MENEZES, Wagner (coordenador). **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. v. 1 – Agosto/Dezembro. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

\_\_\_\_\_. **O direito internacional em um mundo em transformação** (Ensaio, 1976-2001). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

**A  
INCONVENCIONALIDADE DAS  
PROPOSTAS  
LEGISLATIVAS  
BRASILEIRAS DE  
PUNIÇÃO JUVENIL:  
LIÇÕES DO CASO  
“MENDOZA E  
OUTROS X  
ARGENTINA” -  
CORTE IDH (2013)<sup>1</sup>**

**HAMILTON GONÇALVES  
FERRAZ<sup>2</sup>**

**RESUMO:** O artigo estuda as propostas legislativas brasileiras relativas à punição juvenil à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse sentido, é apresentado um breve painel acerca da conformidade constitucional e internacional do atual sistema brasileiro de Justiça Juvenil; em seguida, analisam-se os projetos legislativos que buscam maior

endurecimento punitivo sobre adolescentes para então criticá-los a partir do caso “Mendoza x Argentina” (2013).

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito penal. Direito Constitucional. Neoconstitucionalismo. Constitucionalização.

**ABSTRACT:** The paper studies the Brazilian bills on juvenile punishment in regard of the Inter-American Court of Human Rights’ jurisprudence. Therefore, it is presented a brief panel on the constitutional and international accordance of the present Brazilian Juvenile Justice system; in sequence, the paper analyzes the bills on juvenile punishment in order to criticize them based on “Mendoza et al. x Argentina” (2013).

**KEYWORDS:** criminal law. constitutional law. neoconstitutionalism and constitutionalization of law.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A Justiça Juvenil brasileira: lineamentos de um sistema em conformidade à proteção integral. 3. Breve panorama das propostas legislativas contemporâneas: entre a redução da maioria penal e o aumento do tempo de internação. 4. A inconveniência dos projetos legislativos repressivos brasileiros. 5. Considerações Finais. 6. Referências bibliográficas

---

<sup>1</sup> Trabalho foi apresentado originalmente no Congresso de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2017), onde foi indicado finalista à premiação acadêmica do Evento.

<sup>2</sup> Professor substituto de Direito Penal e Criminologia (UFRJ). Doutorando em Direito (PUC-Rio). Mestre em Direito Penal (UERJ). Bacharel em Direito (UERJ). Advogado. Contato: [ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com](mailto:ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com)

## 1. INTRODUÇÃO

A redemocratização brasileira pós-1988 é um período de contradições: de um lado, lutas e rupturas significativas, buscando efetivar direitos e garantias fundamentais, e, de outro, permanências autoritárias consideráveis, tanto em nível normativo (como, por exemplo, o CPP de 1941), como também em termos culturais, sociais e suas respectivas práticas reais, seja no Judiciário ou no Legislativo<sup>1</sup>. A Justiça Juvenil brasileira é um exemplo marcante deste período de contradições e complexidades em matéria de direitos humanos e fundamentais.

Se é possível afirmar que nosso sistema de Justiça Juvenil constitui um modelo normativo exemplar, ao priorizar os direitos e garantias fundamentais de crianças e adolescentes (um ideal que, infelizmente, não é ratificado pela realidade empírica subjacente de nosso país), por outro, sua edificação e desenvolvimento sofre constantes afrontas pelo Congresso Nacional, que encampa incontáveis projetos legislativos de repressão voltados a adolescentes autores de ato infracional, em sua quase totalidade informados por ideologias punitivistas e retributivistas de fundo, incompatíveis com os ideais emancipatórios lançados por nossos constituintes<sup>2</sup>.

Para além de problemas de compatibilidade constitucional, o presente trabalho objetiva verificar se as atuais propostas legislativas em matéria de responsabilização juvenil se conformariam à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Para tanto, analisa-se o recente

---

<sup>1</sup> Sobre esta história, relativamente à Constituição de 1988, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012; Vera Malaguti Batista critica a letalidade do sistema penal do regime democrático recente, que “tortura e mata mais do que o ciclo militar” (BATISTA, Vera Malaguti. Depois do Grande Encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; \_\_\_\_\_ (orgs). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 29). Observando que uma das marcas da experiência democrática brasileira contemporânea encontra-se na dicotomia *subintegração* (grupos sociais excluídos, à margem de direitos e garantias fundamentais) e *sobreintegração* (grupos de poder que usam o direito para seus próprios interesses privatísticos, seguros de sua impunidade), NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 248-258.

<sup>2</sup> Sobre isto, CAPPI, Riccardo. **Motifs du controle et figures du danger: L’abaissement de l’âge de la majorité pénale dans le débat parlementaire brésilien**. Tese de Doutorado. Université Catholique de Louvain, Faculté de Droit et de Criminologie, 2011.

caso “Mendoza e outros x Argentina”, de 2013, no qual a Corte IDH, ao responsabilizar o Estado argentino pela violação de direitos humanos em prejuízo de pessoas condenadas a pena de prisão ou reclusão perpétuas quando ainda eram menores de idade, fez verdadeiro controle de convencionalidade sobre seu sistema de Justiça Juvenil, impondo a sua modificação segundo as normas internacionais na matéria. Nossa hipótese consiste, assim, em verificar se é possível a extração de parâmetros interpretativos a partir do referido caso, para, em um segundo momento, examinar a convencionalidade dos projetos legislativos nacionais.

Assim, em um primeiro momento, faremos uma apresentação básica da moldura normativa do sistema de justiça juvenil brasileiro, demonstrando sua atual conformidade às normas e princípios internacionais na matéria; na sequência, será feito um levantamento dos principais projetos legislativos de responsabilização juvenil; após, breves notas a respeito das posições da Corte IDH sobre Justiça Juvenil, concretizadas na paradigmática Opinião Consultiva 17 e, mais especificamente, o caso “Mendoza e outros x Argentina” para, ao final do trabalho, problematizar-se a convencionalidade das propostas legislativas brasileiras.

## 2. A JUSTIÇA JUVENIL BRASILEIRA: LINEAMENTOS DE UM SISTEMA EM CONFORMIDADE À PROTEÇÃO INTEGRAL

Anteriormente à redemocratização, vigia no Brasil um sistema tutelar, baseado na chamada “situação irregular” consagrada pelo Código de Menores de 1979, a qual, diferenciando crianças e adolescentes de “menores infratores ou delinquentes”, considerava os últimos como objetos, e não como sujeitos, com respeito a seus interesses e sua condição diferenciada de existência<sup>3</sup>. Com isso, o Estado se permitia, na justificativa de

---

<sup>3</sup> SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 45-49.

fazer o “bem” aos menores, toda sorte de intervenção arbitrária e, quase sempre, desproporcional e violenta<sup>4</sup>.

A redemocratização abriu espaço para rupturas consideráveis no tratamento até então vigente, de modo que, temos, hoje, um vasto complexo normativo que rege a Justiça Juvenil brasileira contemporânea: Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (Decreto 99.710/1990); Pacto de São José da Costa Rica (Decreto 678/1992); Diretrizes de Riad e Regras de Tóquio (1990); Constituição de 1988; Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei. 12.594/2012). Em todas estas normas, os princípios reitores são, essencialmente, o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos em especial condição de desenvolvimento e, como corolário lógico, o superior interesse destes últimos, a indicar tratamento jurídico que não represente despreço a seus direitos, e, menos ainda, estigmatização ou exclusão<sup>5</sup>.

Concretamente, em relação ao sistema de responsabilização juvenil infracional, voltado para adolescentes entre 12 e 18 anos, este viés protetivo se manifesta em termos de direito material; de direito processual e de execução (no que se poderia chamar de “execução” socioeducativa, regulada pela Lei do SINASE).

No que diz respeito ao direito material, em especial, o ato infracional, destacam-se as garantias da legalidade (art. 103 e 106, ECA); culpabilidade (art. 112, §1º e 3º) e proporcionalidade (art. 35, I, segunda parte, Lei do SINASE).

Em relação à sanção (no caso brasileiro, a “medida socioeducativa”), verifica-se sua referência em torno à responsabilização do adolescente e sua integração social (art. 1º, §2º, Lei do SINASE); a observância aos postulados de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento pelas medidas de privação de liberdade (art. 227, §3º, V, CRFB e art. 121, caput, ECA); a imprescindibilidade de sua individualização (art. 35, VI, Lei do SINASE) e intervenção mínima (art. 35, VII, Lei do SINASE). Estas orientações, dentre outras, consolidam-se em um rol amplo, variado, e taxativo de medidas

---

<sup>4</sup> Sobre isso, CARVALHO, Salo de; FERNANDES, Eduardo Georjão e MAYER, Denise Both. Direitos da criança e do adolescente no Brasil: da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral. In: CRAIDY, Carmem Maria et. al (orgs.). **Processos educativos com adolescentes em conflito com a lei**. Porto Alegre: Mediação, 2012, p. 17-30.

<sup>5</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil**. 2ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 44-65.

socioeducativas, previsto no art. 112 do ECA, cuja medida de aplicação mais excepcional e restrita é a medida de internação.

No que diz respeito ao processo socioeducativo, o sistema brasileiro consagra direitos individuais e garantias processuais fundamentais nos artigos 106 a 111 do ECA. Traços distintivos deste procedimento consistem na observância da celeridade (no caso de adolescente internado provisoriamente – antes de sentença condenatória -, o procedimento tem o prazo improrrogável de 45 dias – arts. 108 e 183, ECA) e a possibilidade de remissão, isto é, a possibilidade de perdão (remissão pura e simples); suspensão ou extinção do processo (cumulada ou não com medida socioeducativa), segundo os requisitos do art. 126, ECA.

Finalmente, no que diz respeito à execução das medidas socioeducativas, uniformizada e consolidada em uma lei – no caso, a Lei 12.594/2012 – Lei do SINASE -, destaca-se, em função da indeterminação prévia das medidas, a necessidade de sua reavaliação periódica (art. 43, Lei do SINASE), que assegura ao adolescente autor de ato infracional a possibilidade de revisão de sua atual situação e constitui, dessa forma, ponto fundamental para um viés mínimo de ressocialização ou reintegração do adolescente ao meio social, vistos aqui como direitos fundamentais destes sujeitos.

Apesar de o Brasil ostentar um sistema de Justiça Juvenil capaz de permitir uma máxima expansão de direitos e garantias para adolescentes autores de ato infracional, não é o que se observa na realidade empírica. De um lado, manifesta-se crescente processo de encarceramento de massa juvenil, impulsionado por forte atuação repressiva das forças policiais e pela proatividade do Poder Judiciário, o qual, conferindo interpretação menorista às garantias e direitos consagrados no ordenamento, nega-lhes efetividade e, assim, contribui decisivamente para o aprisionamento juvenil, que se dá em instituições e unidades de internação (quando existem), em sua boa parte, superlotadas e sem mínimas condições de salubridade<sup>6</sup>. De outro lado, são notórias as constantes investidas legislativas de cunho

---

<sup>6</sup> Para pesquisas demonstrando o viés menorista do Judiciário brasileiro e, conseqüentemente, sua contribuição ao encarceramento juvenil, SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio de; FERRAZ, Hamilton Gonçalves. A responsabilidade do Judiciário brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um estudo de caso do HC 346.380-SP, STJ. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 25, v. 129, p. 257-284, março, 2017; CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. O controle jurídico-penal de adolescentes: o exemplo da internação provisória na jurisprudência do STJ e do TJRS em casos de tráfico de drogas. **Revista de Estudos Empíricos de**

repressivo-punitivo em matéria de responsabilização juvenil (notadamente, projetos de redução da maioridade penal e aumento do tempo de internação para adolescentes autores de ato infracional).

### 3. BREVE PANORAMA DAS PROPOSTAS LEGISLATIVAS CONTEMPORÂNEAS: ENTRE A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E O AUMENTO DO TEMPO DE INTERNAÇÃO

#### 3.1 Propostas de redução da maioridade penal

De acordo com a Fundação Abrinq<sup>7</sup>, há atualmente, pelo menos, quatro Propostas de Emenda Constitucional com o objetivo de reduzir a maioridade penal<sup>8</sup>. As de maior destaque recente são a PEC 171/1993, proveniente da Câmara dos Deputados, e a PEC 33/2012, oriunda do Senado Federal.

A PEC 171/1993, remetida para o Senado, reduz a maioridade penal para casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte, observando o cumprimento de pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores de idade imputáveis; a PEC determina ainda que a União, os Estados e o Distrito Federal criarem referidos os estabelecimentos<sup>9</sup>.

A PEC 33/2012<sup>10</sup>, que, no momento, se encontra em pauta para ser votada na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, altera (nos termos da proposta

---

**Direito**, São Paulo-SP, vol. 1, n. 2, jul 2014, p. 100-121; SPOSATO, Karyna Batista; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. **Revista Direito GV**. Vol. 7, n.1. p. 277-298, São Paulo, 2011.; CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, jul.-dez., 2015.

<sup>7</sup>Caderno Legislativo 2016, lançado em 03/05/2016. [https://issuu.com/fundacaoabrinq/docs/af\\_caderno\\_legislativo\\_2016\\_total\\_a](https://issuu.com/fundacaoabrinq/docs/af_caderno_legislativo_2016_total_a). Acesso em: 16/05/2017.

<sup>8</sup> São elas: PEC 115/2015, com origem na PEC 171/1993; PEC 74/2011; PEC 33/2012; PEC 21/2013.

<sup>9</sup>[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=3D33DE67B6282C879B21CF263C1F6D31.proposicoesWeb2?codteor=1375394&filename=Tramitacao-PEC+171/1993](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3D33DE67B6282C879B21CF263C1F6D31.proposicoesWeb2?codteor=1375394&filename=Tramitacao-PEC+171/1993)

<sup>10</sup>[http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/04/19/ccj-volta-a-debater-reducao-da-maioridade-penal-por-via-constitucional?utm\\_source=midias-sociais&utm\\_medium=midias-sociais&utm\\_campaign=midias-sociais](http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/04/19/ccj-volta-a-debater-reducao-da-maioridade-penal-por-via-constitucional?utm_source=midias-sociais&utm_medium=midias-sociais&utm_campaign=midias-sociais)

substitutiva do Senador Ricardo Ferraço, PSDB-ES), o art. 228 e o art. 129 da Constituição para criar hipóteses de redução da maioria penal condicionadas ao que a PEC chama de “incidente de desconsideração de inimputabilidade”. Trata-se de um instrumento passível de ser proposto, privativamente, pelo Ministério Público e julgado pelo juiz competente para infância e juventude, cabível diante de um extenso rol de crimes, que deve também levar em consideração a capacidade do agente de compreender o caráter criminoso de sua conduta, levando em conta seu histórico familiar, social, cultural e econômico, bem como de seus antecedentes, assegurada a ampla defesa técnica por advogado e o contraditório. Até que transite em julgado, o incidente provoca efeito suspensivo da prescrição; e, sendo admitido, o adolescente deve cumprir pena em estabelecimento separado dos maiores de 18 anos<sup>11</sup>.

Ressalte-se que, pelas principais pesquisas de opinião do país, são propostas que contam com forte aprovação popular (em torno de 80 a 90% da população, segundo as pesquisas comumente veiculadas pela mídia).

### 3.2 Propostas de aumento do tempo de internação

De outro lado, aglutinam-se propostas no sentido de reforçar o aparato de controle do sistema de Justiça Juvenil através do aumento do tempo de internação no caso da prática, por adolescente, de atos infracionais mais graves. O principal projeto dessa vertente é o PL 7197/2002, com origem no PLS 593/1999, ao qual estão apensados outros 46 projetos de lei, que propõem diversas alterações ao ECA. Entre estes, o mais representativo e de atual relevância é o PLS 333/2015, que já foi enviado para revisão na Câmara dos Deputados<sup>12</sup>.

Além de pretender assegurar a todo tempo o contraditório e ampla defesa, e buscar uma compatibilização com postulados mínimos do Direito Penal Juvenil (como a impossibilidade de tratamento mais gravoso ao adolescente do que a um adulto), o projeto insere um §3º ao art. 122, ECA, inaugurando o que chama de “medida de internação em regime especial de atendimento socioeducativo”, com duração máxima de até 10 anos,

---

<sup>11</sup> O inteiro teor pode ser consultado aqui: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106330>.

<sup>12</sup><http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121572>

“caso o adolescente tenha praticado, mediante violência ou grave ameaça, conduta descrita na legislação como crime hediondo ou homicídio doloso”<sup>13</sup>. Trata-se de medida a ser cumprida em estabelecimentos diferenciados, assegurada a obrigatoriedade de atividades pedagógicas, além de atividades de educação de ensino fundamental, médio e profissionalizante, contando com a mesma dinâmica de cumprimento da medida de internação comum, ou seja, realizando-se reavaliações periódicas, contando o adolescente com um Plano Individual de Atendimento, tudo nos termos da Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei 12.594/2012).

Semelhante ao PLS 333/2015, encontra-se avançado o PLS 219/2013, aprovado, no dia 03/05/2017, em primeiro turno de votação, pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado<sup>14</sup>. O projeto, inicialmente voltado ao aumento das penas para o crime de corrupção de menores (art. 244-B, ECA), sofreu alteração por meio de emenda substitutiva, que, tal qual o PLS 333, também criou “regime especial de atendimento socioeducativo”, desta vez, com prazo de até 8 anos para adolescentes que tenham praticado atos infracionais descritos na legislação como crimes hediondos, mediante violência ou grave ameaça<sup>15</sup>.

#### 4. A JUSTIÇA JUVENIL E A CORTE IDH

##### 4.1 Um marco no Direito Internacional de Direitos Humanos: apontamentos acerca da Opinião Consultiva 17/02<sup>16</sup>

Em 2001, a CIDH solicitou à Corte IDH uma Opinião Consultiva sobre a interpretação dos artigos 8 e 25 da CADH, para determinar (i) se as medidas especiais estabelecidas no art. 19 da Convenção constituem limites ao arbítrio ou à discricionariedade dos Estados em relação a crianças<sup>17</sup> e, (ii) a formulação de critérios gerais válidos sobre a matéria dentro do marco da CADH.

---

<sup>13</sup> <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=172576&tp=1>

<sup>14</sup> Para o acompanhamento do projeto: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113036>

<sup>15</sup> Para consultar o inteiro teor do projeto: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5279053&disposition=inline>

<sup>16</sup> Para consulta do inteiro teor da Opinião Consultiva, conferir [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)

<sup>17</sup> Artigo 19. Direitos da criança: Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

A Comissão alegara como fundamento a essa solicitação a constatação de que em distintas legislações e práticas dos países americanos, a vigência dos direitos e garantias previstos nos artigos 8 e 25 da CADH não era plena a respeito de crianças como sujeitos e atores na jurisdição penal, civil e administrativa, uma vez que seria assumido que a obrigação de proteção do Estado para suprir a falta de plena capacidade dos menores poderia colocar tais garantias em segundo plano.

Em essência, o problema enfrentado pela Corte IDH, consagrando então a Opinião Consultiva 17 de 2002, era a convencionalidade dos ordenamentos de certos países sujeitos à Corte, que possuíam legislações juvenis de cunho tutelar, consagrando a doutrina da situação irregular.

A Corte IDH, desse modo, formulou Opinião Consultiva estruturada, basicamente, em cinco pontos: (i) definição de criança; (ii) igualdade; (iii) interesse superior da criança; (iv) deveres da família, sociedade e Estado; (v) procedimentos judiciais ou administrativos em que participem crianças.

No tocante à *definição de criança*, a Corte seguiu o disposto no art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, preferindo um recorte simples, entre maiores e menores de 18 anos, significando “criança” toda pessoa que não tenha atingido 18 anos completos.

A Corte assumiu um *sentido material de igualdade*, em relação a menores de 18 anos: trata-se de um direito que tem por objetivo o “desenvolvimento harmonioso da personalidade das crianças e desfrute dos direitos que lhes são reconhecidos”, assim, impõe obrigação de sua garantia pelo Estado nesse sentido (ponto 53). Importante anotar que em virtude dos artigos 1.1 e 24 da CADH, “os Estados não podem estabelecer diferenciações que careçam de uma justificação objetiva e razoável e não tenham como objeto único, em definitivo, o exercício dos direitos estabelecidos naquela (parágrafo 55)”.

O *interesse superior da criança* representa princípio regulador da normativa dos direitos da criança, fundado na dignidade mesma do ser humano, nas características próprias da criança, e na necessidade de propiciar o desenvolvimento delas, com pleno aproveitamento de suas potencialidades assim como na natureza e alcances da convenção sobre os direitos da criança.

A família, sociedade e Estado são titulares de deveres para com a criança, sendo a primeira seu núcleo central de proteção. O Estado é obrigado a garantir instituições e pessoas qualificadas para a oportuna proteção dos interesses da criança e da família, bem como assegurar as medidas necessárias para que sua vida revista condições dignas.

O ponto de maior relevo da OC 17/02, contudo, consiste no reconhecimento e enunciação dos direitos derivados do devido processo legal a crianças e adolescentes em qualquer tipo de procedimento judicial. Dessa forma, os Estados são obrigados a assegurarem, minimamente, as garantias de legalidade, de julgamento de menores de idade por órgãos jurisdicionais distintos, a participação efetiva da criança nos procedimentos a que seja submetida, além dos princípios tradicionais do juiz natural, duplo grau de jurisdição, presunção de inocência, contraditório, publicidade (no sentido de proibição de estigmatização da criança) e justiça alternativa (incentivando, sempre que possível, a solução de conflitos por meios alternativos ou conciliatórios).

Em síntese, a OC 17/02 consolida, no âmbito da jurisprudência da Corte IDH, os principais vetores da doutrina da proteção integral, e, dessa forma, permite a esta o controle de convencionalidade de sistemas concretos de justiça juvenil, analisando a adequação ou não de procedimentos e sanções em relação à CADH e os tratados e documentos internacionais na matéria. E seria exatamente isso que a Corte IDH faria onze anos depois, no Caso “Mendoza e outros x Argentina”, de 2013.

#### 4.2 O Caso “Mendoza e outros x Argentina”, Corte IDH (2013)<sup>18</sup>

Em 2013, a Corte IDH declarou internacionalmente responsável a República Argentina por violações de direitos humanos cometidas ao impor penas de privação perpétua de liberdade a cinco pessoas, por delitos cometidos durante a infância (César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Ricardo David Videla Fernández, Saúl Cristian Roldán Cajal e Claudio David Nuñez). A Corte decidiu pelas seguintes razões: (i) os Códigos processuais penais aplicados não permitiam uma revisão ampla das sentenças por um juiz

---

<sup>18</sup> Para o inteiro teor da sentença, conferir <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_260\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf)>; um resumo do caso encontra-se disponível no seguinte endereço: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_260\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_260_esp.pdf)>.

ou tribunal superior; (ii) não foi dada adequada atenção médica a um dos menores de idade mencionados; (iii) duas das pessoas referidas foram submetidas a tortura durante seu encarceramento, sem que o Estado tenha investigado estes fatos adequadamente (iv) e por não se ter investigado adequadamente a morte de uma daquelas pessoas enquanto se encontrava sob custódia do Estado.

Para além da estipulação de deveres de reparação às vítimas e de investigação dos delitos praticados contra elas, no que diz respeito ao sistema de Justiça Juvenil, o Caso “Mendoza e outros” consagra um verdadeiro controle de convencionalidade operado pela Corte IDH sobre a legislação juvenil argentina, declarando-a incompatível com a CADH e impondo sua modificação pelo Estado.

Vale ressaltar, para esclarecer os fatos submetidos a exame pela Corte, que os referidos menores de idade, para além de restar provada sua origem pobre e socialmente marginal, praticaram crimes graves durante seu período de menoridade (como, por exemplo, roubo qualificado e homicídio qualificado).

No Caso “Mendoza e outros”, a Corte IDH analisou, primeiramente, a maioria na Argentina. À época dos fatos, segundo a legislação então vigente, as vítimas deveriam ter recebido tratamento especial como menores de idade até cumprirem a maioria aos 21 anos. Tal fato e a forma com que se deveria se dar esse “tratamento especial” não restou esclarecido pelo representante do Estado argentino.

Em um segundo momento, analisou-se brevemente a Lei 22.780/1980, modificada pela última vez em 1989 pela Lei 23.742. Trata-se de uma lei de responsabilização juvenil, concebida e promulgada pela última ditadura militar, ainda hoje vigente, aplicável a menores de idade que, no momento da comissão do fato delitivo que se lhes imputa ainda não tenham cumprido 18 anos de idade.

A Lei 22.780/1980 estabelece as seguintes distinções: (i) a partir dos 18 anos, regime penal adulto; (ii) abaixo de 18 anos, regime diferenciado. Estabelecem-se dois subgrupos: (a) menores de 16 anos, que não são puníveis e (b) menores entre 16 e 18 anos, que são puníveis, desde que tenham praticado delito de ação pública a que seja cominada uma pena maior a dois anos de prisão.

A Corte IDH criticou severamente o formato tutelar da referida legislação, uma vez que ela não prevê limitação temporal para as medidas. Um menor de idade, ao completar

18 anos, e tendo sido submetido a tratamentos tutelares por um período de pelo menos um ano, pode vir a sofrer uma pena dentre as previstas no Código Penal argentino (cf. art. 4º, Lei 22.780). A pena passa a depender, fundamentalmente, de indicadores subjetivos como os que caracterizam o período de tratamento tutelar.

Passando às considerações da Corte, verifica-se que ela baseou sua sentença nos princípios do interesse superior da criança, autonomia progressiva e participação da criança, como informadores relevantes no desenho e operação de um sistema de responsabilidade penal juvenil. Corolários a estes postulados, a Corte enunciou o princípio de tratamento diferenciado entre adultos e menores de idade, e, conseqüentemente, o *princípio da proporcionalidade* como orientador da sanção cabível a menores de idade que tenham praticado delitos durante a menoridade.

O ponto crucial da sentença está nos *critérios desenvolvidos para verificar ou não a arbitrariedade das sanções de privação de liberdade aplicadas a menores de idade*. A Corte enumerou três parâmetros para essa análise: a) *"ultima ratio" e máxima brevidade*, no maior sentido restritivo possível; b) *delimitação temporal desde o momento de sua imposição*, proibindo-se a aplicação de penas privativas de liberdade com duração indeterminada ou que redundem na privação de dito direito de forma absoluta; c) *revisão periódica das medidas de privação de liberdade de menores de idade*. Ou seja, para a Corte IDH, uma sanção de privação de liberdade contra menores de idade não é arbitrária quando ela é o mais breve e excepcional possível; é delimitada temporalmente desde sua imposição e possibilita sua revisão periódica.

A medida de privação de liberdade relativa a menores de idade deve obedecer, também, ao *princípio do interesse superior da criança e a máxima satisfação de seus direitos*, tendo por finalidade sua *reintegração social*.

Dessa forma, o tribunal considerou que a prisão e reclusão perpétuas, por sua própria natureza, não cumprem com a finalidade de reintegração social de menores de idade, pois implicam em máxima exclusão, com sentido meramente retributivo. Não são, dessa forma, proporcionais.

Vale notar que a Corte reconheceu, na sequência, que a desproporcionalidade das penas impostas e seu alto impacto produzido sobre os menores de idade, pelas considerações já assinaladas, constituíram atos cruéis e desumanos, em violação aos

direitos reconhecidos nos artigos 5.1 e 5.2 da CADH, afetando também os direitos de seus familiares.

O Estado argentino foi, dessa forma, responsabilizado não apenas a reparar as vítimas e suas famílias, mas, também, a modificar seu direito interno. A Corte assinalou que o dever de adequação do direito interno à CADH possui duas vertentes: a) supressão de normas e práticas de qualquer natureza que representem violação a garantias previstas na convenção; b) expedição de normas e desenvolvimento de práticas condizentes à efetiva observância de garantias.

Muito embora a Argentina tenha promulgado lei de garantias e proteção integral a crianças e adolescentes (a Lei 26.061/05), a Corte observou que ela regulou somente aspectos procedimentais. Uma vez que as sanções penais ainda se regem pela Lei 22.278/1980 e pelo Código Penal argentino, que seguem vigentes, o Estado continuaria descumprindo o art. 2º da CADH, em relação com artigos 7.3 e 19.

Finalmente, restou consagrada a garantia de não repetição, isto é, o dever do Estado argentino em não permitir que uma situação como a ocorrida no Caso “Mendoza e outros” volte a acontecer com nenhuma outra criança.

## 5. A INCONVENCIONALIDADE DOS PROJETOS LEGISLATIVOS REPRESSIVOS BRASILEIROS

Com base na OC 17/02 e no Caso “Mendoza e outros”, resta claro que nenhuma medida legislativa em discussão atualmente no Congresso satisfaz a garantia de direitos humanos e fundamentais a adolescentes que tenham praticado atos infracionais.

Todos os projetos de redução da maioria penal incorrem em violação à igualdade, por equiparar em consequências menores de idade a pessoas adultas. Ainda que a Corte admita certa flexibilização desta idade pelos Estados, por certo que a imposição de penas a adolescentes, da forma como o sistema penal brasileiro se encontra hoje (em verdadeiro “estado de coisas inconstitucional”, como ilustra o pleito da ADPF 347), incide em grosseira desproporcionalidade.

Os projetos de aumento do tempo de internação, por outro lado, merecem análise diferenciada. Isso porque se, por um lado, consagram limites mínimos de tempo, não são

direcionados a qualquer ato infracional e permitem revisão periódica, por outro, são flagrantemente desproporcionais, inviabilizando qualquer finalidade de reintegração ou ressocialização à sanção de privação de liberdade.

Um exemplo simples demonstra a irracionalidade das propostas: um adolescente primário de 15 ou 16 anos que venha a praticar um homicídio qualificado (crime hediondo), teria, diante de si, um horizonte máximo de privação de liberdade em regime “especial” de internação de 8 a 10 anos (dependendo do projeto legislativo). Ele poderia passar de 8 a 10 anos internado, saindo do sistema socioeducativo apenas com 23 a 26 anos de idade – perdendo a parte mais significativa de sua adolescência e início da fase adulta sujeito à Justiça Juvenil, o que traria danos irreversíveis ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como aos direitos de seus familiares. Não há proporcionalidade nem qualquer possibilidade de reintegração social do menor de idade nestas condições.

Dessa forma, caso não seja reconhecida a manifesta inconstitucionalidade das propostas tanto de redução da maioria como de aumento do tempo de internação, por certo tais projetos afrontam os entendimentos da Corte IDH em relação à garantia de direitos humanos e fundamentais na Justiça Juvenil, o que lhes torna manifestamente inconvenientes. Se o Judiciário brasileiro eventualmente permitir a promulgação e vigência destas afrontas, poderá ser deflagrado procedimento de responsabilização internacional do Estado brasileiro perante a Corte IDH.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil tem experimentado ameaças e abalos consideráveis a direitos e garantias fundamentais, sequer satisfatoriamente efetivados em sua história democrática recente.

Por muito tempo, o constitucionalismo brasileiro depositou parcela considerável de suas esperanças na atuação proativa do Supremo Tribunal Federal, com base na expectativa de realização da Carta de 1988 pela via judicial.

Em alguns momentos, de fato, o STF corajosamente encampou lutas e demandas sociais emancipatórias, de que são exemplos mais vibrantes a constitucionalidade da união homoafetiva e, do ponto de vista penal, a possibilidade de aborto de feto anencefálico.

Entretanto, uma vez que o Brasil se encontra inserido em um sistema internacional de proteção de direitos humanos, é chegada a hora de se pensar direitos e garantias para além da Constituição e do Supremo (em uma visão mais estreita de neoconstitucionalismo), observando também os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e, em especial, a jurisprudência da Corte IDH, perante a qual o Brasil, infelizmente, é réu recorrente, descumprindo com obrigações e deveres impostos pela CADH<sup>19</sup>.

Por todo o exposto, caso os direitos e garantias das crianças e adolescentes brasileiros sejam vulnerados, pela ação ou inação legislativa ou judiciária, no que diz respeito ao incremento da punição e responsabilização juvenil, o Brasil afrontará a Corte IDH, à qual incumbirá a missão de defesa última destes direitos humanos e fundamentais. Como dito anteriormente, apesar de verificarmos manifesta inconveniência das propostas legislativas abordadas no trabalho, não é possível prever qual seria, exatamente, a decisão da Corte sobre estes projetos.

Sabe-se, porém, que, em breve, ela julgará a responsabilidade do Brasil pelo estado de seu sistema prisional, e nos casos reunidos para julgamento, encontram-se também violações de direitos humanos cometidas em unidades socioeducativas de internação para adolescentes<sup>20</sup>. Nesse “estado de coisas inconveniente” em que se encontra o sistema de Justiça Juvenil brasileiro<sup>21</sup>, mostra-se bastante provável que os referidos projetos legislativos, que atingem de forma tão intensa os direitos de crianças e adolescentes autores de ato infracional, sofreriam grande repúdio internacional. A jurisprudência da Corte IDH é, no mínimo, um obstáculo considerável.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

<sup>19</sup> Sobre um “neoconstitucionalismo internacionalizado”, a partir do qual se defende, em síntese, a construção de um amplo direito constitucional internacional, LEGALE, Siddharta. Neoconstitucionalismo internacionalizado e internacionalização do direito: o engajamento tardio do direito constitucional do Brasil na esfera internacional. In: Carmen Tirburcio. (Org.). **Direito Internacional - Coleção 80 anos da UERJ**. 1ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, v. 1, p. 543-570.

<sup>20</sup> [http://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/24/politica/1487961377\\_891224.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/24/politica/1487961377_891224.html)

<sup>21</sup> Nos mesmos moldes do conceito de “estado de coisas inconstitucional”, o “estado de coisas inconveniente” se caracterizaria por três aspectos: (i) violação massiva aos direitos humanos; (ii) omissão persistente do Estado em cumprir a Convenção Americana de Direitos Humanos e (iii) um litígio estrutural entre as entidades do Estado no plano horizontal da separação dos poderes, e vertical dos entes da federação (LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, David Pereira de. O Estado de Coisas Inconveniente: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, Número 3, 2016, p. 72).

- BATISTA, Vera Malaguti. Depois do Grande Encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; \_\_\_\_\_ (orgs). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 29-36.
- CARVALHO, Salo de; FERNANDES, Eduardo Georjão e MAYER, Denise Both. Direitos da criança e do adolescente no Brasil: da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral. In: CRAIDY, Carmem Maria et. al (orgs.). **Processos educativos com adolescentes em conflito com a lei**. Porto Alegre: Mediação, 2012, p. 17-30.
- \_\_\_\_\_. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, jul.-dez., 2015.
- CAPPI, Riccardo. **Motifs du controle et figures du danger: L'abaissement de l'âge de la majorité pénale dans le débat parlementaire brésilien**. Tese de Doutorado. Université Catholique de Louvain, Faculté de Droit et de Criminologie, 2011.
- CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. O controle jurídico-penal de adolescentes: o exemplo da internação provisória na jurisprudência do STJ e do TJRS em casos de tráfico de drogas. **Revista de Estudos Empíricos de Direito**, São Paulo-SP, vol. 1, n. 2, jul 2014, p. 100-121.
- LEGALE, Siddharta. Neoconstitucionalismo internacionalizado e internacionalização do direito: o engajamento tardio do direito constitucional do Brasil na esfera internacional. In: Carmen Tirburcio. (Org.). **Direito Internacional - Coleção 80 anos da UERJ**. 1ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, v. 1 , p. 543-570.
- \_\_\_\_\_; ARAÚJO, David Pereira de. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, Número 3, 2016, p. 67-82.
- SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio de; FERRAZ, Hamilton Gonçalves. A responsabilidade do Judiciário brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um estudo de caso do HC 346.380-SP, STJ. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 25, v. 129, p. 257-284, março, 2017.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil**. 2ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- \_\_\_\_\_; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. **Revista Direito GV**. Vol. 7, n.1. p. 277-298, São Paulo, 2011.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

**A OPINIÃO  
CONSULTIVA Nº 10  
DA CORTE  
INTERAMERICANA  
DE DIREITOS  
HUMANOS E O  
STATUS JURÍDICO  
DA DECLARAÇÃO  
AMERICANA DE  
DIREITOS E  
DEVERES DO  
HOMEM**

**CLÁUDIO CERQUEIRA BASTOS**

**NETTO<sup>1</sup>**

**RESUMO:** O trabalho reflete sobre a Opinião Consultiva nº 10, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em um primeiro momento, será feito um resumo, buscando sintetizar de forma objetiva o texto da OC exarada. Após, será feita uma breve análise crítica. Primeiro, sobre a interpretação utilizada pela Corte Interamericana, e qual é a interpretação ideal a ser utilizada ao aplicar a Declaração Americana. Depois, reflete-se sobre como a Declaração influencia o mandato da Comissão Interamericana de Direitos

Humanos. Por fim, fala-se do impacto do referido documento para a proteção dos direitos humanos, de modo geral.

**PALAVRAS-CHAVE:** Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, direitos humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos

**ABSTRACT:** This essay reflects on Advisory Opinion n. 10 of the Inter-American Human Rights Court. Firstly, a synopsis will be made, and we will seek to synthesize objectively the text of the opinion. Then, a critical analysis will be done. Initially, we will look into the interpretation used by the Court, and what interpretation is ideal to be applied to the American Declaration. Hereafter, we talk about how the Declaration impacts the Inter-American Human Rights Commission mandate. Lastly, we will reflect about its importance to human rights protection in a general sense.

**KEYWORDS:** American Declaration of the Rights and Duties of Man, human rights, Inter-American Human Rights Court

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Sinopse da opinião n. 10/1989. 3. Análise Crítica. 4. Referências Bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Mestre em direito internacional e Bacharel pela UERJ. Intern da CIDH. Pesquisador do NIDH.

## 1. INTRODUÇÃO

Em 14 de julho de 1989, a Corte Interamericana exarou a Opinião Consultiva n° 10, que trata da interpretação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Tratou-se de uma relevante questão para o Direito Internacional: o status jurídico do referido documento, criado em 1948, antes mesmo do advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A opinião exarada pela Corte era necessária e pertinente, dada a necessidade de definição quanto a possibilidade de considerar que a Declaração Americana é fonte de obrigações internacionais para os Estados que a assinaram. Ademais, trata-se de documento utilizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no seu mandato de proteção e observância dos direitos humanos no continente.

Nesse trabalho, será usado o método dedutivo-indutivo, ao passo que iremos analisar a interpretação dada à Declaração e refletir sobre sua contribuição para a proteção dos direitos humanos, com auxílio da melhor doutrina e julgados de tribunais internacionais.

## 2. SINOPSE DA OPINIÃO CONSULTIVA N° 10/1989

A Opinião Consultiva n° 10<sup>1</sup> foi proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH) em 14 de julho de 1989, e foi solicitada pela Colômbia. A solicitação trata da interpretação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (doravante DADDH ou Declaração Americana), de 1948. O Estado questiona se o artigo 64 da Convenção Americana de direitos Humanos (doravante CADH) autoriza a Corte IDH a prestar opinião consultiva sobre interpretação da DADDH (§1). Tal artigo prevê:

Artigo 64. 1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

---

<sup>1</sup> Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.

Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Estado adiciona que a DADDH não é tratado propriamente dito, dado que é uma declaração. No entanto, acredita que é necessário que haja determinação do status normativo da DADDH no sistema interamericano de direitos humanos (doravante SIDH)<sup>2</sup>. Ainda, é necessário saber se a Corte IDH tem jurisdição para interpretar a DADDH ao amparo do referido artigo 64, e, em caso positivo, qual é o alcance dessa jurisdição (§2).

Alguns Estados enviaram observações escritas sobre a solicitação colombiana à Corte IDH. A Costa Rica observa que: DADDH não é tratado no sentido estabelecido pelo Direito Internacional. Logo, art. 64 não faculta a Corte IDH a interpretar tal declaração. Contudo, DADDH pode ser usada para interpretar outros instrumentos jurídicos, ou para verificar que os direitos por ela reconhecidos sejam elevados à categoria indiscutível de costume internacional. (§10)

EUA entende que: DADDH não foi redigida como instrumento jurídico, diferente da CADH, e carece de precisão necessária para resolver dúvidas legais complexas. Assim, a DADDH não estabelece obrigações vinculantes, e tem valor de declaração de princípios básicos, não obrigatórios, de caráter moral e caráter político e é base para velar pelo compromisso geral de proteção aos DH. EUA considera que uma reinterpretação da DADDH de modo a entendê-la como direito representaria debilitação do processo internacional de criação de direito, no qual os Estados assumem voluntariamente obrigações legais específicas. (§12)

Peru afirma que: por força do artigo 29.d, que proíbe toda interpretação que venha a “excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”, deu-se à DADDH hierarquia similar a da CADH. (§13)

---

<sup>2</sup> Ressalta que é razoável entender que uma interpretação das disposições sobre direitos humanos contidas na Carta da OEA, tal como foi modificado no Protocolo de Buenos Aires, envolve, em princípio uma análise dos direitos da DADDH.

Uruguai opina que: Corte IDH é competente para emitir opinião consultiva sobre DADDH em sua relação com a Carta Reformada da OEA e com a CADH, com base no artigo 64 desta. Entende que a natureza jurídica da DADDH é de instrumento multilateral vinculante que enuncia, define e concretiza princípios fundamentais reconhecidos pelos Estados americanos e que cristaliza normas de direito consuetudinário. (§13)

Venezuela opina que: declaração não constitui tratado propriamente dito, visto que não possui caráter jurídico normativo e se limita a uma manifestação de desejos. DADDH não é tratado propriamente dito. Assim, Corte IDH não tem competência para interpretar DADDH, já que não é um dos instrumentos jurídicos englobados pelo artigo 64. (§15)

Após, em audiência pública, EUA reafirmam que DADDH não é tratado e, portanto, Corte IDH não tem competência para interpretar ou determinar seu status normativo, segundo o art. 64 da CADH. Ainda, foi dito que se a Corte decidisse dar status normativo para a DADDH, os EUA continuariam a tratá-la como uma enunciação de princípios não vinculantes. (§17)

Ao decidir o caso, trata-se primeiramente da admissibilidade. A Corte entende que, mesmo se aceita a tese de a DADDH não ser um tratado, não é inadmissível a solicitação de OC enviada pela Colômbia. (§23) O governo pretende saber se o artigo 64 autoriza que a Corte dê opiniões consultivas sobre a DADDH. Este artigo autoriza a Corte a dar OC sobre a interpretação da CADH, então se cumprem os requisitos de admissibilidade. (§24)

Entende-se que o fato de a OC poder tocar a análise do status normativo de outro tratado não torna a solicitação inadmissível, já que foi formulada em relação ao artigo 64 da CADH. (§25). Assim, afirma-se que a questão do status jurídico do tratado pertence ao mérito (§26), e a Corte se considera competente para dar a OC. (§28)

Então, passa-se à análise do mérito. Em primeiro lugar, é necessário definir se a DADDH é um tratado, pois o artigo 64.1 autoriza a Corte IDH a interpretar a CADH ou “outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”. Entende-se que é claro que a DADDH não é um tratado de acordo com a definição de tratado da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) e da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais (1986). (§33)

Cita-se relatório do Conselho Interamericano de Jurisconsultos, que prevê: (§34)

*Es evidente que la Declaración de Bogotá no crea una obligación jurídica contractual, pero también lo es el hecho de que ella señala una orientación bien definida en el sentido de la protección internacional de los derechos fundamentales de la persona humana.*<sup>3</sup>

Contudo, a Corte entende que o fato da DADDH não ser um tratado não implica que ela não pode emitir OC que contenha interpretações da DADDH. Observa-se que o Preâmbulo e o artigo 29.d, ambos da CADH, fazem referência à DADDH. Por isso, entende-se que pode ser necessário que a Corte interprete a DADDH ao exercer sua jurisdição consultiva. (§§35-36)

A Corte afirma que não é à luz do que foi estimado em 1948 que se deve definir o status jurídico da Declaração, mas que será determinada a partir do momento atual, diante do que hoje é o sistema interamericano, em consideração à evolução experimentada desde a adoção da DADDH. É feita referência à Opinião Consultiva sobre o caso Namíbia, prestada pela Corte Internacional de Justiça, na qual se entendeu que um instrumento internacional deve ser interpretado e aplicado no marco do conjunto do sistema jurídico em vigor no momento em que a interpretação tem lugar<sup>4</sup>. (§37) Também é citado o caso Barcelona Traction, no qual se entendeu que existe uma obrigação *erga omnes* de respeitar certos direitos fundamentais básicos<sup>5</sup>. (§38)

Ademais, entende-se que os Estados membros da OEA, por meio dos órgãos desta, reconheceram que os direitos humanos aos quais se refere a Carta da OEA são os direitos protegidos pela Declaração, e que não se pode interpretar e aplicar a Carta da OEA em matéria de direitos humanos sem integrar suas normas pertinentes com as disposições corres-

---

<sup>3</sup> A Corte faz referência a: CIJ, Recomendaciones e informes, 1949-1953 (1955), pág. 107. Na mesma linha: U.S. Department of State, Report of the Delegation of the United States of America to the Ninth International Conference of American States, Bogotá, Colombia, March 30-May 2, 1948, ad 35-36 (Publ. No. 3263, 1948).

<sup>4</sup> A Corte faz referência a: Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 ad 31).

<sup>5</sup> A Corte faz referência a: Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, pág. 3. Na mesma linha: Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) *supra* nota 4, pág. 16 ad 57; cfr. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980, pág. 3 ad 42).

pondentes da DADDH. Para chegar a essa conclusão, são analisadas resoluções da Assembleia Geral da OEA. Cita-se o Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>6</sup> (doravante CIDH), que estabelece: (§§39-40)

Artigo 1. 1. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão da Organização dos Estados Americanos criado para promover a observância e a defesa dos direitos humanos e para servir como órgão consultivo da Organização nesta matéria.

2. Para os fins deste Estatuto, entende-se por direitos humanos: a. os direitos definidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos com relação aos Estados Partes da mesma; b. os direitos consagrados na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, com relação aos demais Estados membros.

Ainda, afirma-se que a Assembleia Geral da OEA reconheceu reiteradamente que a DADDH é uma fonte de obrigações internacionais dos Estados Membros da OEA. A resolução 314 (VII-0/77), de 1977, pede à CIDH a elaboração de um estudo sobre a obrigação de cumprir os compromissos adquiridos na DADDH. Na resolução 371 (VIII-0/78), de 1978, a Assembleia Geral reafirma seu compromisso de promover o cumprimento da DADDH, e a resolução 370 (VIII-0/78), do mesmo ano, refere-se aos compromissos internacionais de respeitar os direitos reconhecidos pela DADDH. Outrossim, o Preâmbulo da Convenção Americana para Prevenir e Sancionar a Tortura, adotada em Assembleia Geral de 1985, faz referência à DADDH. (§42)

Assim, entende-se que a DADDH é fonte de obrigações internacionais, no que for pertinente e em relação com a Carta da OEA. (§45) Para os Estados partes na CADH, esta é a fonte concreta de suas obrigações. No entanto, por força do artigo 29.d, os Estados não se escusam das obrigações descritas pela DADDH, por terem ratificado a CADH. (§46)

Assim, a Corte entendeu, unanimemente, que é competente a dar a OC, e que o artigo 64.1 autoriza a Corte a dar OCs sobre a interpretação da DADDH, dentro dos limites de sua competência em relação à Carta da OEA e à CADH, ou outros tratados de direitos humanos concernentes aos Estados americanos.

---

<sup>6</sup> Aprovado pela resolução AG/RES. 447 (IX-O/79), adotada pela Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, em outubro de 1979.

### 3. ANÁLISE CRÍTICA

#### 3.1. Da interpretação sistemática

A Corte afirma, no parágrafo 37, que a Declaração seria interpretada à luz da ordem internacional atual, e não do que se estimou em 1948, para fins de determinação de seu status jurídico. Assim, claramente rejeita uma interpretação histórica da DADDH. Este método interpretativo é pautado justamente por buscar o sentido do tratado a partir da vontade das partes no momento de sua elaboração e/ou assinatura.

Em que pese que a Corte tenha considerado que a Declaração não é um tratado, a partir da definição estabelecida nas Convenções de Viena, podemos refletir se a interpretação realizada se reflete nos métodos interpretativos existentes no Direito Internacional.

É comum que a interpretação evolutiva dos tratados seja contraposta à interpretação histórica. Inclusive, já foi empregada em casos mais recentes pela Corte IDH<sup>7</sup>, quando se está diante de termos genéricos que podem sofrer influência com o passar do tempo, ou quando estão envolvidas questões morais também passíveis de alteração ao longo dos anos. Alguns aspectos dessa OC, como a temporalidade e o uso de resoluções da Assembleia Geral são elementos comumente aplicados para se realizar a interpretação evolutiva<sup>8</sup>.

Nessa OC, não é feita referência a tal método interpretativo. Entendemos que de fato não pode inferir uma interpretação evolutiva nessa OC, apesar de que tenha similitudes com ela, notadamente o uso de resoluções da AG para determinar o consentimento do Estado e o efeito da temporalidade. Ocorre que a interpretação evolutiva não é utilizada para definir o status jurídico de um documento, mas para definir o alcance e sentido do conteúdo de um tratado<sup>9</sup>. Dessa maneira, a Corte IDH, de forma acertada, não faz referência à interpretação evolutiva.

---

<sup>7</sup> Corte IDH. Caso Aplitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182. §§217-218

<sup>8</sup> PERRONE, Christian. *Temporalidad e Interpretación de Tratados Internacionales* In: XLIII Curso de Derecho Internacional / organizado pelo Comité Jurídico Interamericano e o Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, 2016. ISBN 978-0-8270-6642-7

<sup>9</sup> BJORGE, Eirik. *The Evolutionary Interpretation of Treaties*. Oxford Scholarship Online, 2014. Disponível em: <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198716143.001.0001/acprof-9780198716143>

Fala-se de uma “interpretação autorizada”, pela qual a Carta da OEA estaria autorizando o intérprete a extrair obrigações da DADDH. Entendemos que a Declaração é de fato apenas uma declaração. Concordamos com a Corte IDH no sentido de que as declarações também possuem efeitos jurídicos. Contudo, acreditamos que devemos ter cuidado com o uso da palavra ‘obrigações’ quando falamos da DADDH. Isso pode causar confusão no que se refere à responsabilidade internacional do Estado.

Entendemos que uma declaração não estabelece, por si só, a existência de obrigações internacionais vinculantes que podem gerar responsabilidade internacional do Estado caso sejam desrespeitadas. No entanto, é possível que seja feita uma interpretação sistemática da Carta da OEA e/ou da CADH, com base no artigo 31 da CVDT, que dispõe:

Artigo 31. Regra Geral de Interpretação

1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:

a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;

b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:

a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;

b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;

c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.

Como leciona André Lupi, “a menção ao contexto é a consagração do método sistemático”<sup>10</sup>. Dessa maneira, a norma será interpretada de acordo com o sistema na qual está

---

<sup>10</sup> LUPU, André L. P. Basto. Artigo 31. In.: SALIBA, Aziz Tuffi (autor e organizador). *Direito dos Tratados: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969)*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

inserida<sup>11</sup>. Esse contexto pode ser interno, que leva em conta o conjunto do texto do tratado, como seu preâmbulo e anexos. Também pode ser usado um contexto externo, que está demonstrado pelos incisos 2 e 3, do artigo 31, *supra* transcritos.

Dessa maneira, entendemos que uma interpretação sistemática da Carta da OEA e/ou da CADH pode buscar na DADDH, dado que esta faz parte do sistema no qual estão inseridos os referidos tratados, o contexto para que sejam interpretadas. Assim, é totalmente possível, com base nas regras de interpretação vigentes no Direito Internacional, que a Declaração seja considerada como parte desse sistema, e que preveja os direitos humanos a serem protegidos no âmbito da OEA.

Lupi também faz menção à OC prestada pela CIJ sobre a presença sul-africana na Namíbia<sup>12</sup>. A Corte IDH cita tal OC no parágrafo 37 da OC nº 10, como foi visto *supra*, mas o faz timidamente e não desenvolve o conceito de interpretação sistemática dos tratados. É importante destacar que, no caso Namíbia, também foi usada uma resolução de Assembleia Geral, dessa vez da ONU, para fundamentar o entendimento exarado pelo tribunal<sup>13</sup>. Podemos mencionar também o artigo 31.3.b, que pode ser usado como base para utilizar as resoluções da Assembleia Geral da OEA como marco na interpretação sistemática que inclui a Declaração.

Assim, entendemos que a DADDH continua com seu status jurídico de declaração, tal como ela teve desde sua concepção. No entanto, é demonstrado que ela possui efeitos jurídicos, que são permitidos e abarcados pelas diretrizes interpretativas contemporâneas do Direito Internacional, com base no artigo 31 da CVDT. Ademais, quando interpretada como parte do sistema estabelecido pela Carta da OEA e/ou da CADH, podemos constatar a

---

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), *supra* nota 4, §108: “The preamble of resolution 276 (1970) reaffirms General Assembly resolution 2145 (XXI) and espouses it, by referring to the decision, not merely of the General Assembly, but of the United Nations “that the Mandate of South-West Africa was terminated”. In the operative part, after condemning the non-compliance by South Africa with General Assembly and Security Council resolutions pertaining to Namibia, the Security Council declares, in paragraph 2, that “the continued presence of the South African authorities in Namibia is illegal” and that consequently all acts taken by the Government of South Africa “on behalf of or concerning Namibia after the termination of the Mandate are illegal and invalid”. In paragraph 5 the Security Council “Calls upon all States, particularly those which have economic and other interests in Namibia, to refrain from any dealings with the Government of South Africa which are inconsistent with operative paragraph 2 of this resolution”.”

existência de obrigações internacionais, que tem origem nestes tratados. Em seguida, refletiremos como a Declaração se insere e se aplica no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

### **3.2 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Declaração Americana**

A OC destaca, em seu parágrafo 45, que o Estatuto da CIDH define, em seus artigos 1.2.b e 20, a competência desta em respeito aos direitos humanos enunciados na DADDH. O uso da palavra “competência”, no entanto, pode não ser o mais correto, dado que a CIDH não é um órgão dotado de jurisdição. Entende-se que o procedimento de análise dos casos de violações de direitos humanos a ela submetidos é *quasi* judicial, ou seja, tem características semelhantes à de um processo judicial, mas é realizada perante um órgão que não é um tribunal. Logo, a CIDH não pode reconhecer a responsabilidade internacional do Estado.

Como vimos anteriormente, o Regulamento da CIDH *supra* transcrito enuncia a Declaração como um instrumento a ser aplicado pela Comissão. Entende-se que a CIDH pode fiscalizar e promover a proteção dos direitos humanos em relação a todos os 35 Estados membros da OEA. Dessa maneira, é comum que a CIDH trate de violações de direitos humanos ocorridas nos países que não são signatários da CADH, como Canadá, Cuba, Estados Unidos, entre outros<sup>14</sup>. Esses países estão vinculados ao procedimento da CIDH por força da Carta da OEA e da DADDH, além das respectivas resoluções da AG citadas na OC n° 10, em seu parágrafo 42.

Esta construção jurídica é explicada no Relatório de Mérito n. 11/2015 (caso 12.833 – Felix Rocha Diaz vs. Estados Unidos da América), da CIDH, no qual a suposta vítima foi sentenciada à pena de morte no país demandado e alega que foram violados os artigos I (direito à vida, à liberdade e à segurança e integridade da pessoa), XVIII (direito à justiça), XXV (direito de proteção contra prisão arbitrária) e XXII (direito a processo regular), da DADDH. É feita breve reflexão sobre o status jurídico da Declaração:

---

<sup>14</sup> Esses casos podem ser consultados no site da CIDH: <http://www.oas.org/es/cidh/>

*58. Finally, the IACHR would like to briefly refer to the legal status of the American Declaration. The American Declaration is, for the Member States not parties to the American Convention on Human Rights, the source of international obligation related to the OAS Charter. The Charter of the Organization gave the IACHR the principal function of promoting the observance and protection of human rights in the Member States. Article 106 of the OAS Charter does not, however, list or define those rights. The General Assembly of the OAS at its Ninth Regular Period of Sessions, held in La Paz, Bolivia, in October, 1979, agreed that the rights referred to in the Charter are those enunciated and defined in the American Declaration. Therefore, the American Declaration crystallizes the fundamental principles recognized by the American States. The OAS General Assembly has also repeatedly recognized that the American Declaration is a source of international obligation for the member states of the OAS. In this respect, the Inter-American Court of Human Rights noted that "by means of an authoritative interpretation, the member states of the Organization have signaled their agreement that the Declaration contains and defines the fundamental human rights referred to in the Charter."<sup>15</sup>*

A CIDH conclui que os direitos garantidos nos referidos artigos da DADDH foram violados, e, caso a pena de morte imposta ao Sr. Diaz seja executada, configuraria grave violação do artigo I. Então, são feitas recomendações ao Estado.

Nota-se que a DADDH é usada como parâmetro para analisar violações de direitos humanos tanto nos casos avaliados no procedimento das petições recebidas sobre casos específicos, como nos relatórios anuais sobre a situação dos direitos humanos nos países da região. É o que ocorre, por exemplo, no Informe Anual 2016<sup>16</sup>, no qual se observa a necessidade do Estado cubano de fazer-se respeitar e cessar as violações dos direitos protegidos pela Declaração. Mais especificamente, requer-se de Cuba que garanta direitos como os previstos no artigo VII (Direito de proteção à maternidade e à infância), no artigo VIII (Direito de residência e trânsito), e no artigo XXVI (Direito a processo regular), por exemplo.

### 3.3 Da contribuição da DADDH para o Direito Internacional dos Direitos Humanos

---

<sup>15</sup> IACHR (Comissão IDH), Report No. 11/15, Case 12.833, Merits (Publication), Felix Rocha Diaz, United States, March 23, 2015. §58

<sup>16</sup> CIDH. Informe Anual 2016, Capítulo IVb – Cuba. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2016/docs/InformeAnual2016cap4B.Cuba-es.pdf>

Mesmo que se entenda que a DADDH não é um tratado, ou que tenha força vinculante, isso não quer dizer que é um documento insignificante. Na verdade, a Declaração teve papel extremamente relevante para o avanço da proteção dos direitos humanos.

Como aponta Malcolm Shaw, muitos documentos não vinculantes são muito importantes para a ordem internacional, apesar de constituírem *soft law*. Shaw leciona:

*It is sometimes argued more generally that particular non-binding instruments or documents or non-binding provisions in treaties form a special category that may be termed 'soft law'. This terminology is meant to indicate that the instrument or provision in question is not of itself 'law', but its importance within the general framework of international legal development is such that particular attention requires to be paid to it. 'Soft law' is not law. That needs to be emphasised, but a document, for example, does not need to constitute a binding treaty before it can exercise an influence in international politics. The Helsinki Final Act of 1975 is a prime example of this. This was not a binding agreement, but its influence in Central and Eastern Europe in emphasising the role and importance of international human rights proved incalculable.<sup>17</sup>*

A própria Corte IDH destaca que alguns tratados posteriores à DADDH fazem menção a ela em seus preâmbulos. Entendemos que isso demonstra que a Declaração contribuiu para o avanço do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. A OC n° 10 lembra que o preâmbulo da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura menciona a DADDH, ao prever:

Reafirmando que todo ato de tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes constituem uma ofensa à dignidade humana e uma negação dos princípios consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos e na Carta das Nações Unidas, e são violatórios aos direitos humanos e liberdades fundamentais proclamados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Ademais, o preâmbulo da DADDH ressalta que: “em repetidas ocasiões, os Estados americanos reconheceram que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser

---

<sup>17</sup> SHAW, Malcolm. *International Law*. 7th edition. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2014.

ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato dos direitos terem como base os atributos da pessoa humana". Como aponta Fabián Salvioli<sup>18</sup>, apesar de não ser o único documento a fazer tal afirmação, a Declaração constitui relevante passo adiante para consagrar o conceito de universalismo dos direitos humanos, ao prescrever que os direitos humanos são inerentes a todas as pessoas, não importando a nacionalidade. Esse é um desdobramento relevante, pois, àquela época, alguns países ainda pensavam em adotar a teoria do relativismo cultural dos direitos humanos.

Também constatamos o valor da DADDH em julgados da Corte IDH, como, por exemplo, em sentença do caso Loayza Tamayo, no voto razonado conjunto dos juízes Caçado Trindade e Alirio Burrelli, que a menciona:

*Entendemos que el proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino. Así lo ha conceptualizado correctamente la Corte en la presente Sentencia, al advertir que "difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte." El proyecto de vida envuelve plenamente el ideal de la Declaración Americana de 1948 de exaltar el espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana. El daño al proyecto de vida amenaza, en última instancia, el propio sentido que cada persona humana atribuye a su existencia. Cuando ésto ocurre, un perjuicio es causado a lo más íntimo del ser humano: trátase de un daño dotado de autonomía propia, que afecta el sentido espiritual de la vida.<sup>19</sup> (grifos acrescentados)*

Concluimos que, por mais que se entenda que a DADDH seja uma declaração que não estabelece obrigações internacionais ao Estado, trata-se de um documento que é um grande marco na defesa dos direitos humanos a nível regional, e que representa um grande avanço quando considerado o contexto no qual ela foi concebida.

---

<sup>18</sup> SALVIOLI, Fabián. *El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos*. In: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, Tomo I; San José, Costa Rica: Edit. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001. Disponível em: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf>

<sup>19</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo vs. Perú; Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones). Serie C N. 42, Voto Razonado conjunto de los Jueces Antonio Caçado Trindade y Alirio Abreu Burrelli. párrs. 15/16

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BJORGE, Eirik. *The Evolutionary Interpretation of Treaties*. Oxford Scholarship Online, 2014. Disponível em: <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198716143.001.0001/acprof-9780198716143>
- Corte Internacional de Justiça. **Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)**, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1971.
- Corte IDH. **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
- Corte IDH. **Caso Loayza Tamayo vs. Perú; Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones)**. Serie C N. 42, Voto Razonado conjunto de los Jueces Antonio Cançado Trindade y Alirio Abreu Burrelli.
- Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. **Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989**. Serie A No. 10.
- CIDH. **Informe Anual 2016**, Capítulo IVb – Cuba. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2016/docs/InformeAnual2016cap4B.Cuba-es.pdf>
- CIDH (IACHR), Report No. 11/15, **Case 12.833**, Merits (Publication), Felix Rocha Diaz, United States, March 23, 2015.
- LUPI, André L. P. Basto. Artigo 31. In.: SALIBA, Aziz Tuffi (autor e organizador). *Direito dos Tratados: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969)*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.
- PERRONE, Christian. *Temporalidad e Interpretación de Tratados Internacionales* In: **XLIII Curso de Derecho Internacional / organizado pelo Comité Jurídico Interamericano e o Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos**, 2016. ISBN 978-0-8270-6642-7
- SALVIOLI, Fabián. *El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos*. In: **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI**, Tomo I. San José, Costa Rica: Edit. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001. Disponível em: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf>
- SHAW, Malcolm. *International Law*. 7th edition. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2014.

# PROCESSOS DESTI- TUENTES NO SIS- TEMA INTERAMERI- CANO DE DIREITOS HUMANOS: DO CASO *TRIBUNAL CONSTITUCIONAL VS. PERU À PETIÇÃO DA EX-PRESIDENTE DILMA ROUSSEFF*

ANNA CAROLINA PINHEIRO DA

COSTA SILVA<sup>1</sup>

**RESUMO:** Um longo caminho marcou a construção de um sistema de proteção a direitos humanos. Nas ramificações do reconhecimento de uma consciência humana universal, o que, nos primórdios, se apresentou como a interação entre povos e o respeito a suas idiossincrasias culturais e históricas e sua autorregulação, foi-se ampliando para incorporar considerações acerca da pessoa singularmente considerada, as interações e equilíbrios interpessoais e suas relações com os sistemas institucionalizados de regulação nacional e o meio circundante, projetando-se para o futuro. Neste processo, de ampliação da

agenda internacional de dimensões de direitos a serem tutelados, a democracia, como princípio metavalorado de efetivação de direitos, foi trazido para dentro do espectro de proteção, mas se submete à própria evolução institucional do direito internacional e aos respectivos princípios reitores. O primado do direito e a complementaridade do direito interno ao direito internacional serão os dois norteadores tanto da construção de um sistema internacional de direitos humanos, quanto da proteção da democracia. Diante das instabilidades políticas nacionais nos países integrantes da OEA e dos avanços na construção de mecanismos de proteção a direitos humanos neste organismo internacional, o SIDH e os casos a ele submetidos são espaço de estudo e análise, por excelência, da etapa evolutiva e do entendimento que se tem atualmente acerca do tratamento da democracia como direito humano a ser acatado internacionalmente. Casos emblemáticos como a destituição de magistrados do Tribunal Constitucional do Peru, o golpe de Estado sofrido por Manuel Zelaya em Honduras e o processo de impeachment de Dilma Rousseff no Brasil, todos envolvendo a destituição de pessoas expostas politicamente (PEP), lançam luzes sobre os desdobramentos práticos de direitos humanos que recebem tratamento internacional, com base nas legislações nacionais dos respec-

---

<sup>1</sup> Professora de Teoria e Filosofia do Direito da Faculdade Nacional de Direito/UFRJ. Mestre em Direito Constitucional na UFF. Pós-Graduada em

Advocacia Pública pelo Programa de Residência Jurídica da UFF.

tivos países e são avaliados em parâmetros procedimentais, ainda que, por um lado, direitos políticos individuais estejam envolvidos e, por outro, a qualidade dos processos democráticos sejam considerados um condicionante à qualidade da democracia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Democracia. Processo destituente. Primado do direito. Devido processo legal.

**ABSTRACT:** A long road marked the construction of a human rights protection system. In the ramifications of the recognition of a universal human consciousness, what in the beginning was presented as the interaction between peoples and respect for their cultural and historical idiosyncrasies and their self-regulation, was broadened to incorporate considerations about the singularly considered person, the interactions and interpersonal balances and their relations with the institutionalized systems of national regulation and the surrounding environment, projecting themselves into the future. In this process of expanding the international agenda of rights dimensions to be protected, democracy, as a meta-value principle of effectiveness of rights, has been brought within the protection spectrum, but is subject to the institutional evolution of international law itself and its principles rectors. The rule of law and the complementarity of domestic law with international law will be the two guiding princi-

ples of both the construction of an international human rights system and the protection of democracy. Faced with the national political instabilities in the OAS member countries and the advances in the construction of mechanisms for the protection of human rights in this international organization, the IASPHR and the cases submitted to it are a space for study and analysis, par excellence, of the evolutionary stage and the understanding which is currently about the treatment of democracy as a human right to be taken care of internationally. Emblematic cases such as the removal of magistrates from the Constitutional Court of Peru, the coup suffered by Manuel Zelaya in Honduras, and Dilma Rousseff's impeachment process in Brazil, all involving the dismissal of politically exposed people (PEP), throw light on the based on the national laws of the respective countries and are assessed on procedural parameters, even if, on the one hand, individual political rights are involved and, on the other hand, the quality of democratic processes condition to the quality of democracy.

**KEYWORDS:** Inter-American System for the Protection of Human Rights. Democracy. Dismissal proceeding. Rule of law. Due process of law.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O caso Tribunal Constitucional vs. Peru. 3. O golpe de Estado em Honduras. 4. A petição preventiva no Impeachment de Dilma Rousseff. 5. Algumas conclusões. 6. Referências bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

Um longo processo evolutivo se desenvolveu na formação dos sistemas internacionais de justiça, sobretudo em matéria de direitos humanos. Do jusnaturalismo político-filosófico seiscentista sobre direito dos povos e soberania de Francisco de Vitória e de Francisco Suárez, passando pelas teorizações setecentistas sobre a sociedade internacional e a guerra justa de Hugo Grócio e de Alberico Gentili, até a criação da Corte Centroamericana de Justiça, os tribunais penais internacionais *ad hoc* de Nuremberg (1945), da ex-Iugoslávia (1993) e de Ruanda (1994); foram todos passos decisivos na pavimentação de um tratamento internacional institucionalizado diante de atos violadores de direitos humanos.<sup>1</sup>

De fato, os referidos *cases*, trazidos ao âmbito das Nações Unidas com a iniciativa do Conselho de Segurança, por invocação do capítulo VII da Carta da ONU, ainda não haviam se beneficiado de um regramento material de viés internacional, mas previa a aplicação das penas dos ordenamentos nacionais.

A carência tanto de um tribunal permanente, quanto de um ordenamento jurídico internacional foram objeto das considerações levadas adiante, no Comitê Preparatório da Conferência das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional (1996), estabelecendo-se, então: 1. a tipificação dos *core crimes* sob a competência *ratione materiae* do Tribunal Penal Internacional; 2. o princípio da complementaridade nas relações entre este último e as jurisdições nacionais; e 3. o procedimento a ser observado nos julgados do TPI; que são os três norteadores básicos de toda a legislação definidora da jurisdição dos tribunais internacionais, consagrados no Estatuto de Roma, que instaurou o TPI na cidade holandesa de Haia, documento este produzido por ocasião da Conferência de Roma das NU (1998), em vigor desde 2002.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> O processo de justicialização dos direitos humanos na ordem internacional pode ser verificado em PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, 2014, p. 51 e ss.

<sup>2</sup> Além da definição dos *core crimes* (artigos 5 e ss.) e dos princípios gerais de direito penal (a exemplo do princípio da legalidade na definição de crimes e penas, da irretroatividade e da individualização da pena, entre outros), como substrato material comum aos diversos ordenamentos jurídicos pátrios, destaca-se o **princípio da complementaridade da jurisdição internacional**, que confere primazia às jurisdições nacionais e prevê seu acionamento em circunstâncias excepcionais. Cançado Trindade salienta que a previsão de penas próprias

A partir dessa matriz de natureza penal e da promoção dialógica de uma jurisprudência internacional, intensificou-se a institucionalização dos tribunais de direitos humanos nos diversos organismos regionais e no âmbito da Nações Unidas, estruturando-se um sistema internacional de direitos humanos como uma rede policêntrica, não hierarquizada, baseada na coordenação e no diálogo, com competência concorrente, contudo tendente à formação de entendimentos contedúísticos cada vez mais integrados e com espaços de competência jurisdicional melhor delineados, tanto material quanto territorialmente, com as contribuições decisivas das concertações promovidas nas reuniões de Luxemburgo (2002) e de Manágua (2007)<sup>3</sup>.

Marca do período entre as duas reuniões foi a evolução da ideia de jurisdição universal e obrigatória, vinculada ao já mencionado **primado do direito** (*rule of law, préeminence du droit*), que interliga as dimensões nacional e internacional, com destaque para os documentos produzidos nas Nações Unidas: recomendação da Cúpula de 2005, resolução da Assembleia Geral de 2006 e os relatórios do Secretário-Geral de 2007.<sup>4</sup>

Cançado Trindade elucida que o *rule of law* se trata de um conceito amplo que abarca as normas que regulam a atividade humana (tanto dos governantes como dos governados) e os sujeitos de direitos (os justiciáveis), tendo como função, em última análise, a prevenção de conflitos, sendo fundamental instrumento de *peacemaking* e *peacebuilding*, e com conteúdo material definido: a consciência humana.<sup>5</sup> E não é senão pelo primado do direito, fundado na consciência humana, por fim, que se extraem os fundamentos para os

---

(artigos 77 e ss. do Estatuto), em contraposição ao antigo sistema de tribunais *ad hoc*, são o resultado da evolução mesma de uma **consciência jurídica universal**, por excelência, a fonte material do Direito Internacional (In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013, p. 79).

<sup>3</sup> A Reunião de Manágua avançou com a produção do Comunicado de Manágua de 2007, tendo como avanços dignos de nota o complemento à consagração do *jus standi* dos indivíduos perante a justiça internacional, com os aportes já advindos das convenções daquelas cortes, principalmente no que tange aos direitos humanos, dentre os quais se ressaltam o direito à proteção da liberdade e segurança da pessoa (artigo 5 da Convenção Europeia) e o direito às garantias do devido processo legal (artigo 6<sup>3</sup>); e o direito fundamental à vida (artigo 4 da Convenção Americana).

<sup>4</sup> Respectivamente, ONU/A.G., Resolução 60(1), de 2005; Anexo à carta de Liechtenstein e do México ao Secretário-Geral das Nações Unidas, de 11.5.2006; ONU doc. A/61/142, par. 2, e cf. par. 4; ONU, Report of the VI Committee, ONU doc. A/61/456, de 17.11.2006, p. 3, par. 9, ONU/A.G.; Resolução 61/39, de 18.12.2006, pars. 1-5; ONU, documento A/62/261, de 15.8.2007, pp. 1-12; e ONU, documento A/62/121, de 11.7.2007, pp. 1-35.

<sup>5</sup> CANÇADO TRINDADE, *op. cit.*, p. 67-68.

direitos humanos no reconhecimento da personalidade e capacidade jurídicas internacionais da pessoa humana, para vindicar os direitos que lhe são inerentes como ser humano, inclusive *vis à vis* seu próprio Estado.

Na identificação de um conteúdo material de direito internacional aplicável e passível de delimitação e desenvolvimento coeso e cogente pela jurisdição dos tribunais internacionais tendente à universalização, Cançado Trindade estabelece três parâmetros norteadores: os princípios gerais do direito, a unidade do direito na realização da justiça e a jurisdição internacional como copartícipe da jurisdição nacional nessa concretização.<sup>6</sup>

Ao lado das fontes jurídicas ditas formais, de que são exemplo o art. 38 da CIJ, a jurisprudência internacional expressa o *jus gentium* em evolução, o qual, por sua vez, é calcado na existência de uma consciência universal e em considerações básicas de humanidade discerníveis como a justiça objetivamente considerada, em que pese a tensão e o que a doutrina aponta como tentativa de minimização pelo positivismo jurídico e diante da pluralidade de sistemas jurídicos internos.

Considerando-se o **papel da jurisdição internacional como copartícipe da nacional** na realização da justiça, isso fica evidente na expansão da jurisdição internacional concomitantemente à expansão da personalidade e da responsabilidade internacionais e na multiplicação de casos (como o produzido no ciclo peruano de 2007-2010) e formação de jurisprudência no âmbito de cortes internacionais marcadas pela participação, em sua composição, de juízes provenientes dos mais variados sistemas jurídicos internos e de culturas jurídicas de linhagens distintas. No *ex pluribus unum*, na unidade em meio à pluralidade de visões pessoais e profissionais de mundo, que se extrai um direito internacional comum e universal, tendo-se como grande exemplo os tribunais “internacionalizados” ou “mistos” de Serra Leoa, Timor-Leste, Kosovo e Camboja.

Verificou-se até aqui que o grande elo de ligação na construção de um direito internacional efetivamente universal é a ideia de que o direito é dotado de unidade e preeminência. Contudo, a dúvida que remanesce é a identificação material de um direito comum e dotado de coercibilidade, que possa ser objeto de apreciação pelas cortes internacionais e efetivamente observado e aplicado aos Estados, organizações internacionais e indivíduos

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 71.

violadores desses direitos reconhecidos na seara internacional. Em última análise, a própria elaboração legiferante deve passar pelo crivo da legitimidade para que tenha eficácia e aplicabilidade prática.

Na referida aproximação dos sistemas jurídicos nacionais e internacional, pode-se, em verdade, visualizar a realização da justiça na unidade do direito, expresso no *rule of law*. E a própria evolução conceitual na identificação de direitos humanos tipificados na esfera do Direito Internacional contribuiu para a aplicação, via sistemas de proteção, para a efetiva garantia desses direitos. Violações à dimensão humana, seja de indivíduos ou de grupos, seja por agentes privados ou por agentes públicos, direta ou indiretamente, quando omisso o Estado, de modo geral, não oferecem grandes dificuldades de reconhecimento e configuração para fins de juridicização internacional. O controle que se faz por parte das cortes dá-se em nível de convencionalidade<sup>7</sup>, ou seja, pela confrontação e subsunção dos casos concretos ao disposto em convenções de direitos humanos ratificadas pelos Estados e incorporadas aos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais, como mecanismo de garantia da aplicabilidade das decisões no plano interno.

Todavia, se direitos e liberdades de conteúdo material (direito à vida, à integridade física, proibição à escravidão, direitos à liberdade religiosa, de expressão, de reunião, direito à honra, desdobramentos da dimensão positiva e prestacional da dignidade etc.), em que pese expressos em comandos normativos gramaticalmente abrangentes nas convenções e tratados internacionais, não encontram maiores dificuldades hermenêuticas e de aplicação, sobretudo se se consideram os avanços na convergência de entendimentos jurisprudencialmente erigidos e firmados nas duas últimas décadas, a definição e delimitação paramétrica

---

<sup>7</sup> O controle de convencionalidade é uma construção jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de aplicação tanto pelos juízes da CIDH quanto pelos juízes pátrios dos países membros do sistema interamericano, que submete a verificação do cumprimento das decisões não à luz da constituição (controle de constitucionalidade) ou da lei (controle de legalidade), mas se erige como manifestação do *rule of law* e reconhecimento da cogência das convenções e tratados internacionais de direitos humanos, com o aporte hermenêutico da jurisprudência relacionada, como direito propriamente dito, ainda que de natureza internacional, e passível de controle difuso. Surge, na sentença de 25 de setembro de 2003 proferida no caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, no voto do juiz Sergio García Ramírez, em que destacou a impossibilidade de se seccionar internacionalmente o Estado, na miríade de órgãos e divisões do direito interno, pois a responsabilidade estatal é global. A propósito da evolução do instituto pretoriano, cf. GARCÍA, Hernán Alejandro Olano. *Teoría del control de convencionalidade*. In: **Estudios Constitucionales**, Año 14, No 1 89, 2016, pp. 61-94.

de violações a direitos humanos de conteúdo processual compreendem maiores possibilidades interpretativas. Estamos aqui no campo das garantias processuais como expressão da legitimidade procedimental de práticas jurídicas no plano interno, que não emergem *prima facie* como dotados de **potencialidade violatória** a direitos humanos propriamente ditos.

O que, ao fim e ao cabo, se tratam de conceitos jurídicos abstratos e indeterminados, como duração razoável do processo e direito à ampla defesa, previstos abstratamente em documentos internacionais e nacionais, podem ser vistos como expressão tanto de garantia dos direitos humanos, portanto instrumentais, assecuratórios e procedimentalmente legitimadores, quanto de direitos humanos com razão de consagração e valor em si mesmo. É a mesma dualidade que encontramos, por exemplo, na decomposição do conteúdo jurídico do princípio democrático.

Em qualquer das duas acepções ou em ambas, apenas na análise de casos que será possível construir a dimensão factual e materializada desses conceitos e aferir a concretização e observância à luz das provas produzidas em contraponto a uma cognição e produção de sentido devedora em grande parte de balizamentos definidos no curso mesmo do processo decisional, conquanto se tenha o contributo prévio da *juris prudens* anteriormente formada.

Com isso em mente, propõe-se aqui identificar a evolução da concretização desses entendimentos na jurisprudência do SIDH, fazendo-se um recorte específico aos processos destituíntes de indivíduos em posições e cargos de alta relevância política em seus respectivos países, também conhecidos como *politically exposed person*, como ministros das cortes constitucionais, legisladores e chefes de Estado.<sup>8</sup> Ou seja, em situações em que as decisões internas de deposição são, insitivamente, condicionadas a motivações de natureza política e em que, por excelência, a fundamentação dos julgadores internacionais, *in casu*, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, carece da concretização dos sistemas jurídico-constitucionais nacionais e, sobretudo, das concepções que se formam dos procedimentos enquanto direitos humanos.

---

<sup>8</sup> As análises e deduções levarão em consideração, portanto, os arts. 8, 9 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como a verificação das possibilidades interpretativas da dimensão material dos direitos políticos insculpidos no artigo 23.

Portanto, o que se perquire é qual o entendimento, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, da definição de violação de direitos humanos em processos destituíntes nacionais. O objeto e recorte na análise de casos apresentados ao SIDH justifica-se pela instabilidade política na região e a produção de uma jurisprudência que pode sinalizar a formação de conceitos e parâmetros mais precisos quanto à extensão e limites dos princípios norteadores anteriormente elencados, a saber, o primado do direito na interligação entre direito interno e internacional e a complementaridade do direito internacional em relação aos sistemas jurídicos e de justiça nacionais.

Para tanto, selecionaram-se três casos que foram submetidos a diferentes órgãos da Organização dos Estados Americanos, quais sejam: 1. *Tribunal Constitucional versus Peru* (2001), que julgou, por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a destituição de três magistrados peruanos por decisão política do Poder Legislativo peruano sob o governo de Fujimori; as resoluções do Conselho Permanente da Assembleia-Geral da OEA decorrentes da detenção e expulsão do país do ex-presidente de Honduras José Manuel Zelaya Rosales; e a petição solicitando medidas cautelares em razão do processamento do impeachment da ex-presidente Dilma Vana Rousseff (2016), apresentada por parlamentares e advogados brasileiros à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na pessoa de seu Secretário-Executivo, Emilio Álvarez Icaza.

Observe-se que adotamos, na linha do pensamento esposado pelo já citado Sergio García Ramírez, de que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos não se restringe apenas à Comissão, criada em 1959, e à Corte, cuja instalação ocorreu em 1979, senão que a proteção a tais direitos nesta organização internacional desenvolve-se e é compartilhada pelos diversos órgãos que o compõem com caráter amplo e de forma integrada, nas diversas facetas funcionais da jurisdição do SIDH, seja consultiva, contenciosa, preventiva ou executiva<sup>9</sup>, bem como a relevância da cláusula democrática introduzida na OEA pelo Protocolo de Washington, em 1992.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Raíz, Actualidad y Perspectivas de la Jurisdicción Interamericana de Derechos Humanos. In: **Cuestiones Constitucionales**, n. 20, enero-junio, 2009, p. 156 e 167.

<sup>10</sup> Para um histórico evolutivo e os órgãos componentes do mecanismo coletivo interamericano de apuração de violação a direitos humanos, cf. RAMOS, André de Carvalho, **Processo Internacional de Direitos Humanos**, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 205 e ss. No mesmo sentido, PIOVESAN, Flávia, **Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência brasileira**,

## 2. O CASO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL VS. PERU

O Peru é o país mais denunciado do sistema interamericano, razão por que justifica-se falar em um ciclo de casos. Levantamentos quantitativos dão conta de que, só no ano de 2010, a CIDH admitiu 364 petições de denúncia contra o país, das quais 86 entraram em trâmite, resultando também no país-membro da OEA com mais sentenças desfavoráveis, com 26 processos por violação a direitos humanos.

Dentre os responsáveis, destacaram-se as unidades militares clandestinas apoiadas pelo governo fujimorista, envolvidas em assassinatos e desaparecimentos forçados, sobretudo a ação do Grupo Colina, criado em meados de 1991, cujo objetivo principal era eliminar dissidentes do governo, considerados suspeitos de subversão. Os inúmeros assassinatos perpetrados pelo Grupo Colina, entre 1991 e 1992, incluem o notório massacre de Barrios Altos, em que diversos homens fortemente armados invadiram um cortiço na localidade situada nos arredores da capital Lima, em novembro de 1991, de que resultou a morte de 15 pessoas (uma criança de oito anos) e feriram gravemente outras quatro. Outro caso emblemático foi o desaparecimento e assassinato de nove estudantes e um professor da Universidade Enrique Guzmán y Valle ou *La Cantuta*, em julho de 1992. As tentativa de encobrir as autorias dos crimes ficou patente na aprovação de duas leis de anistia em 1995.<sup>11</sup>

De fato, o caso peruano é singular e pioneiro na efetivação não apenas do sistema interamericano, mas internacional, de proteção a direitos humanos e de justiça internacional, pois foi a primeira vez que um presidente democraticamente eleito foi levado a julgamento e condenado, em 2009, a 25 anos de prisão.

O caso *Tribunal Constitucional vs. Peru* se refere à responsabilidade internacional do Peru pela destituição, em 28/05/1997, dos magistrados Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry e Delia Revoredo Marsano, membros do Tribunal Constitucional daquele país, sem o devido processo e as garantias constitucionais de defesa, por decisão política do Congresso

---

Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 140: “o sistema interamericano consiste em dois regimes: um baseado na CADH e o outro baseado na Carta da Organização dos Estados Americanos”.

<sup>11</sup> Para mais informações sobre o contexto peruano, recomenda-se o relatório da cientista política Jo-Marie Burt, disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29980.pdf>.

unicameral criado e controlado por Alberto Fujimori, que governara o país entre 1990 e 2000. A resolução de destituição dos magistrados foi anulada pelo próprio Congresso peruano em 17/09/2000, antes da celebração da audiência pública perante a Corte Interamericana de 22/11/2000. A sentença condenatória da CIDH, por sua vez, foi proferida em 31/01/2001. Assim, antes mesmo da condenação pela CIDH, os juízes constitucionais haviam sido restituídos a seus cargos, e a jurisdição internacional veio em socorro à restauração da ordem constitucional, após o esgotamento das instâncias nacionais em 1998.<sup>12</sup>

Após manobras na tentativa de afastar a jurisdição internacional, sem a observância do procedimento de denúncia previsto na Convenção Americana e do aviso prévio de um ano, conforme o art. 78, a Corte reafirmou sua competência contenciosa sobre a questão. A capitulação apontada na Convenção Americana disse respeito aos artigos 1 (obrigação de respeitar os direitos), 2 (dever de apontar disposições de direito interno), 23 (direitos políticos), 25 (proteção judicial) e 8 (garantias judiciais).

Na sentença, entendeu-se que o artigo 8 da Convenção, sobre garantias judiciais não se limita aos recursos judiciais em sentido estrito, mas *“ao conjunto de requisitos que devem observar-se nas instâncias processuais”*, de modo que as pessoas possam exercer sua defesa adequadamente ante qualquer tipo de ato emanado do Estado com potencial violatório a direitos (parágrafo 69). A não especificação, no dispositivo convencional acerca das garantias mínimas em matéria civil, trabalhista, fiscal e *de qualquer outra natureza*, é suprida pelo item 2 do mesmo preceito, tendo o indivíduo, em geral, direito ao devido processo também em matéria penal (par. 70). Reconheceu-se que o princípio da separação de poderes em um Estado de Direito admite que outros órgãos, em função jurisdicional atípica, e que a expressão “juiz ou tribunal competente” refere-se a qualquer autoridade pública, seja administrativa, legislativa ou judicial, que, por suas resoluções, determinem direitos e obrigações às pessoas sob sua jurisdição materialmente considerada, sempre em observância às garantias do devido processo e do art. 8 da CADH (par. 71).

Do ponto de vista do julgador destituído, a independência da judicatura é garantida pelos procedimentos estritos previstos para nomeações e destituições nos respectivos

---

<sup>12</sup> As principais informações do julgado, alegações quanto aos atos violadores e fundamentação da sentença estão disponíveis em: [http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nid\\_Ficha=205](http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nid_Ficha=205).

sistemas políticos e nas legislações nacionais, nos planos constitucional e infraconstitucional (par. 73). A imparcialidade demandada nos processos de destituição servem à garantia do exercício do direito de defesa (par. 74). Já do ponto de vista da autoridade destituída, *in casu* os juízes constitucionais peruanos, sua independência deve ser assegurada em razão da relevância e natureza dos assuntos submetidos a seu conhecimento, considerando ainda tratar-se de um Estado de Direito (par. 75). Pessoas submetidas a juízos de qualquer natureza perante órgãos estatais, conquanto o exercício jurisdicional pelo Congresso possa levar a juízos políticos, devem contar com a garantia de ser julgada por um órgão competente, independente e imparcial, que atue nos termos dos procedimentos legalmente previstos para o conhecimento e julgamento do caso a ele submetido (par. 77).

Tomando em consideração a jurisprudência da Corte, ressaltou-se que as garantias mínimas do devido processo pressupõem a possibilidade de as vítimas serem amplamente ouvidas e de atuarem nos processos respectivos, o que não ocorrera no caso peruano, pois os juízes sofreram restrições tanto na prestação de depoimentos quanto na participação no processo (par. 81), com desrespeito às **normas procedimentais internas** (par. 82). Somou-se a isso, o entendimento de que, segundo as circunstâncias do caso concreto, o Poder Legislativo peruano, no desempenho da função judicante não reuniu as condições necessárias ao cumprimento do requisito da imparcialidade e independência do julgador na realização do juízo político contra os magistrados do Tribunal Constitucional do Peru (par. 84), restando violado o art. 8 da CADH.

A proteção judicial prevista no art. 25 do Pacto de São José igualmente foi tida por não observada diante do reconhecimento da inexistência de recursos internos efetivos e o conseqüente estado de indefesa a que se submete a vítima nessa situação (p. 89), não bastando a existência na legislação pátria da previsão meramente formais das instâncias recursais, senão que sejam efetivas, dispondo, na prática, de possibilidades simples e rápidas para a solução das causas apresentadas. Tais exigências emanam não apenas da Convenção Americana, mas da própria noção de Estado de Direito em uma sociedade democrática (par. 90).

No caso em análise, entendeu a Corte que o procedimento nas diversas instâncias internas deliberativas excedeu o que emana do princípio do prazo razoável, o que, em termos pragmáticos, transforma o sistema recursal em algo ilusório e inefetivo, especifica-

mente quanto aos **atrasos injustificados no proferimento das decisões**, sobretudo se se considera que a legislação interna adota o critério da razoabilidade da duração do processo ao estabelecer prazos breves e peremptórios (par. 93).

Fez-se ainda a ressalva de que as considerações da Corte **não importam em valorações sobre os atos de caráter político imputados às vítimas, mas tão-só à observância ou não do devido processo legal peruano** (par. 94), mas que restou configurada a imparcialidade. Indicativos disso são os fracassados recursos interpostos contra a decisão do Congresso que destituiu os magistrados, haja vista que tiveram como fundamento apreciações não estritamente jurídicas e foram julgados pelas mesmas pessoas que participaram ou estiveram envolvidas na acusação (par. 96).

Em todo caso, o que se verifica no julgamento da CIDH é a invocação de sua competência jurisdicional em razão do papel de um tribunal constitucional como instituição concretizante dos direitos e liberdades individuais, mantenedora da ordem constitucional interna do respectivo país e, portanto, fundamental dentro de um Estado democrático de direito (par. 112), relevância esta extensível às pessoas de seus membros, para que possam exercer tal mister dentro das esferas de liberdade de que gozam juridicamente. O parâmetro de legalidade utilizado no SIDH, neste caso, parte das disposições principiológicas convencionais – sufragadas no devido processo legal e no direito à ampla defesa e suas ramificações – e ganham conteúdo condensado passível de aplicação na legislação nacional nos critérios procedimentais interna e concretamente balizados (prazos, instâncias decisórias). Não há um controle de legalidade *in abstracto* das legislações internas, senão a aferição da subsunção dos fatos às normas internas, tendo, como resultado de um controle internacional, a conclusão a observância ou não do primado do direito (interno), este um valor alçado a princípio universal judicializável internacionalmente.

### **3. O GOLPE DE ESTADO EM HONDURAS**

Caso de grande repercussão na comunidade internacional foi o golpe de Estado sofrido pelo presidente hondurenho Manuel Zelaya em junho de 2009, na crise política que já se desenrolava há meses no país e culminou com a detenção e deportação do então presidente, ainda trajando pijamas, para a Costa Rica, a despeito do artigo 102 da Constituição

de Honduras, segundo o qual “nenhum hondurenho poderá ser expatriado nem entregue pelas autoridades a um Estado estrangeiro”. Imediatas manifestações condenando e denunciando o ato vieram das mais variadas fontes, desde pronunciamentos oficiais de diversos países até resoluções dos principais foros de organismos internacionais, como a ONU (com o apoio de todos os países americanos) e a OEA.

Zelaya convocara um plebiscito, que seria realizado naquele dia, para consulta a uma possível constituinte reformadora das regras eleitorais que viabilizaria a reeleição do presidente (pela chamada *quarta urna*), contudo sem fiscalização e organização por parte do Tribunal Eleitoral. O pedido de prisão, executado 48 horas depois por 200 soldados das Forças Armadas, fora feito pelo Ministério Público ao Tribunal Supremo de Honduras pelo alegado cometimento de traição à pátria e outros crimes, em razão da não observância do comando constitucional de aprovação da consulta popular por dois terços do Parlamento e organização pelo Poder Judiciário, usurpando a competência dos outros poderes. Na tarde do mesmo dia, Roberto Micheletti, deputado do Partido Liberal – o mesmo de Zelaya –, foi eleito pelo Congresso Nacional para assumir interinamente a Presidência até as eleições de 2009, após a leitura em plenária de uma suposta carta de renúncia de Zelaya, cuja autoria foi negada por este.

O ex-presidente retorna ao país por meios informais menos de dois meses depois e pede asilo na Embaixada do Brasil em Tegucigalpa, permanecendo até janeiro de 2010 na representação diplomática brasileira, que o abrigara na condição de presidente legítimo do país, mas volta a deixar o país, embarcando para a República Dominicana, com um salvo-conduto expedido pelo governo do presidente eleito no ano anterior, Porfírio “Pepe” Lobo. Apenas em maio de 2011 Manuel Zelaya retorna definitivamente e sem represálias a Honduras e reconhece o governo de Pepe Lobo, o que abre caminho para a reintegração do país à OEA em junho, por decisão de todos os países da organização, exceto Equador, contrário à anistia interna dos envolvidos nos eventos de 2009.

Na OEA, a instância de discussão do caso foi o Conselho Permanente da Organização à Assembleia Geral, que, já ciente da instabilidade política do país, aprovara dias antes do golpe de Estado, a resolução CP/RES. 952 (1699/09), de 26 de junho de 2009, sobre a “Situação em Honduras”, que, *inter alia*, acolheu “o pedido do Governo constitucional e de-

*mocrático de Honduras no sentido de prestar apoio para preservar e fortalecer a institucionalidade democrática do país, no âmbito do Estado de Direito”; fez um apelo “a todos os atores políticos e sociais para que suas ações sejam pautadas pelo respeito ao Estado de Direito a fim de evitar a ruptura da ordem constitucional e da paz social que possa afetar a convivência entre os hondurenhos” e encarregou “o Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) de constituir, em caráter de urgência, uma Comissão Especial para visitar Honduras” para a “análise dos acontecimentos e contribuir para um diálogo nacional amplo, a fim de encontrar soluções democráticas para a situação existente e informar o Conselho Permanente sobre suas diligências”.*

Em 28 de junho de 2009, dia da deposição de Zelaya, o Conselho Permanente de pronto se manifesta e aprova nova resolução, CP/RES. 953 (1700/09), “Situação atual em Honduras”, condenando energicamente o golpe de Estado contra o Governo de Honduras, constitucionalmente eleito, e **a arbitrária detenção e expulsão do país do Presidente Constitucional José Manuel Zelaya Rosales**, que provocou uma alteração da ordem democrática. O CP convoca ainda neste ato um período extraordinário de sessões da Assembleia Geral para o dia seguinte, “que deverá aprovar as decisões que julgue adequadas, em conformidade com a Carta da Organização dos Estados Americanos, o Direito Internacional e as disposições da Carta Democrática Interamericana”.

Dentre as 16 sessões extraordinárias e as reuniões do Conselho Permanente voltadas à discussão e adoção de medidas adequadas, destacam-se a de 4 de julho de 2009, que aprovou a resolução AG/RES. 2 (XXXVII-E/09) rev. 1, suspendendo Honduras como membro da OEA, e a de 21 de outubro de 2009, a declaração CP/DEC. 43 (1723/09), que energicamente denunciou e condenou “as ações hostis por parte do regime de fato contra a Embaixada do Brasil em Tegucigalpa e as hostilidades contra seus ocupantes mediante ações que os afetam física e psicologicamente e violam os seus direitos humanos” e instou o “regime de fato a que termine imediatamente com essas ações, que respeite a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas e os instrumentos internacionais sobre direitos humanos” e, ainda, “que retire imediatamente todas as forças repressivas das áreas em torno da Embaixada do Brasil em Tegucigalpa, sem descuidar da devida segurança da Missão”. O Conselho Permanente também fez um apelo no sentido de que “se garanta o direito à vida, à integridade e à segurança do Presidente José Manuel Zelaya Rosales e de todas as pessoas que se

encontram na Embaixada do Brasil e seus arredores, bem como para que se assegure a proteção de sua dignidade”, remetendo à Comissão Interamericana de Direitos Humanos o acompanhamento da situação.

Observa-se no caso Zelaya a invocação do SIDH ampliado, nas instâncias mais abrangentes do Conselho Permanente e da Assembleia Geral da OEA, baseado na Carta da Organização dos Estados Americanos, não excludente, mas complementar ao regime da Convenção Americana de Direitos Humanos, nas instâncias da Comissão e da Corte Interamericanas, como assinala Flávia Piovesan<sup>13</sup>. O *rule of law* aqui assenta-se sobre a Constituição hondurenha e nos respectivos postulados do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (que aparecem no caso *Tribunal Constitucional vs. Peru*), além do direito individual fundamental de não expulsão do nacional, que deriva dos direitos humanos de liberdade e políticos, mas todos remetidos, em última análise, à higidez do princípio democrático, com suas derivações na representação popular e destituição conforme a ordem constitucional interna em vigor.

A compreensão deste princípio como valor a ser protegido em qualquer sistema internacional de direitos humanos, é extraída no SIDH da Carta da OEA, com as alterações dadas pelo Protocolo de Washington, de dezembro de 1992 (em vigor desde 1997), que incluiu a cláusula democrática como condicionante à participação dos membros na organização e, principalmente, da Carta Democrática Interamericana, de abril de 2001, aprovada em Québec na Terceira Cúpula das Américas, e incorporada ao sistema OEA na sessão plenária extraordinária de 11 de setembro do mesmo ano<sup>14</sup>. O objetivo da CDI é sistematizar

---

<sup>13</sup> PIOVESAN, *op. cit.*, 2012, p. 140

<sup>14</sup> Diferentemente da Carta da OEA, constitutiva da organização, que tem natureza jurídica de tratado, a Carta Democrática Interamericana é uma resolução da Assembleia Geral [AG/RES. 1 (XXVIII-E/01)]. Portanto, opera no plano infraconvencional, conferindo maior carga normativa e especificidade regulatória ao acordo internacional que lhe serve de fundamento, e não se submete à dinâmica de ratificação, aceitação, aprovação, adesão, reserva e condicionantes de vigência daquela espécie de acordo internacional. Por mais que possa ser considerado como *soft law*, por se tratar de ato unilateral de pessoa jurídica de direito internacional, a Carta Democrática, em verdade, determina, no âmbito americano, as balizas hermenêutico-axiomáticas e procedimentais de aplicação do princípio e da cláusula democráticas, informando o sistema protetivo de *hard law*, vinculante (fontes reconhecidas do direito internacional) que compõem OEA, a saber, a Carta da OEA (1948); o Protocolo de Cartagena (1985) e o Protocolo de Washington (1992). Da mesma forma, são instrumentais de aplicação na evolução histórica da proteção ao princípio democrático: a resolução AG/RES. 1080 (XXI-O/91), que prevê um mecanismo de ação coletiva em caso de interrupção abrupta ou irregular do processo político institucional democrático ou do legítimo exercício do poder por um governo democraticamente eleito em qualquer dos Estados membros da Organização; a Declaração de Nassau

os mecanismos concebidos no âmbito da OEA para responder multilateralmente às rupturas com a ordem constitucional e os procedimentos democráticos em qualquer de seus Estados membros e tem como principal função o efeito dissuasório, pois o Estado infrator suspenso sujeito às decisões tomadas sem o seu consentimento, além de continuar obrigado a cumprir seus deveres de Estado-parte, em particular em matéria de direitos humanos<sup>15</sup>.

O preâmbulo da CDI invoca a democracia tanto como veículo da promoção dos valores e princípios de liberdade, igualdade e justiça social, em uma relação de continência intrínseca; quanto como valor em si, a ser perseguido por meio da promoção e proteção dos direitos humanos, em uma relação de condicionalidade, onde a existência e consolidação de uma sociedade democrática depende do contínuo desenvolvimento e fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos.

Na mesma linha da preambulação, o princípio democrático, como metavalor inescapável na gramática normativa dos direitos humanos e, igualmente, no SIDH, aparecerá nos artigos 7 a 10 da parte II da Carta Democrática, sob o título “A democracia e os direitos humanos”:

“Artigo 7 A democracia é indispensável para o exercício efetivo das liberdades fundamentais e dos direitos humanos, em seu caráter universal, indivisível e interdependente, consagrados nas respectivas constituições dos Estados e nos instrumentos interamericanos e internacionais de direitos humanos.

Artigo 8 Qualquer pessoa ou grupo de pessoas que considere que seus direitos humanos tenham sido violados pode interpor denúncias ou petições perante o sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos, conforme os procedimentos nele estabelecidos.

Os Estados membros reafirmam sua intenção de fortalecer o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, para a consolidação da democracia no Hemisfério.

Artigo 9 A eliminação de toda forma de discriminação, especialmente a discriminação de gênero, étnica e racial, e das diversas formas de intolerância, bem como a promoção e proteção dos direitos humanos dos

---

[AG/DEC. 1 (XXII-O/92)], prevendo a possibilidade de solicitação pelos próprios Estados-parte do mecanismo de promoção, preservação e fortalecimento da democracia representativa, em complemento e cumprimento da Resolução 1080 (nesta, apenas o Secretário-Geral estava imbuído do poder de convocação imediata do Conselho Permanente e desencadeamento dos processos de restauração democrática); e a Declaração de Manágua para a Promoção da Democracia e do Desenvolvimento [AG/DEC. 4 (XXIII-O/93)].

<sup>15</sup> Conforme alínea *d* do artigo 9 da Carta da OEA e artigo 21, parágrafo segundo, da CDI.

povos indígenas e dos migrantes, e o respeito à diversidade étnica, cultural e religiosa nas Américas contribuem para o fortalecimento da democracia e a participação do cidadão.

Artigo 10 A promoção e o fortalecimento da democracia requerem o exercício pleno e eficaz dos direitos dos trabalhadores e a aplicação de normas trabalhistas básicas, tal como estão consagradas na Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Acompanhamento, adotada em 1998, bem como em outras convenções básicas afins da OIT. A democracia fortalece-se com a melhoria das condições de trabalho e da qualidade de vida dos trabalhadores do Hemisfério.”

Percebe-se, claramente, que a proteção dos direitos humanos, em suas diversas vertentes geracionais, conduz, em última análise, à estruturação do status pleno de cidadão, dotado de capacidades para atuar procedimentalmente, e à sua derivação, a democracia. Portanto, a garantia e salvaguarda dos direitos humanos contra eventuais lesões e ameaças, com fundamento na Carta Democrática Interamericana, protege as condições de exercício da cidadania, ou seja, as aptidões necessárias para votar e ser votado em eleições populares periódicas e, por decorrência, a continuidade, infensa a soluções não procedimentalmente fixadas pela ordem jurídico-constitucional, das atribuições de competência delegadas.

Efetivamente, duas ordens de direitos humanos entram nesta equação, considerando a disposição do preâmbulo, segundo a qual *“a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos contêm os valores e princípios de liberdade, igualdade e justiça social que são intrínsecos à democracia”*.

Pode-se divisar a existência de direitos humanos *para a* democracia, esta como meio que só pode ser realizado entre cidadãos materialmente iguais, com direitos reconhecidos nas diversas declarações internacionais e, tratando-se especificamente do SIDH, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que contêm os valores e princípios de liberdade, igualdade e justiça social. Tais direitos aparecem virtualmente como objetivos cuja busca e concretização ocorrem paulatina e incessantemente. Em outros termos, é um projeto de futuro (a plena democracia), de realização mediata e diferida.

Por outro lado, identifica-se a existência de direitos humanos *da* democracia, em que esta aparece como finalidade e, no repertório da aventura humana, como a melhor forma de governo historicamente (re)conhecida para a concretização global de direitos.

Aqui, protege-se o *homo politicus*, ele mesmo dotado de direitos singulares, e não o homem da humanidade kantiana. O foco é a materialidade dos valores e princípios de liberdade, igualdade e justiça social intrínsecos à democracia, como sistema político que, ao fim e ao cabo, realiza-se imediata e procedimentalmente. E não é outra a ilação possível quando se verifica o que dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

“Artigo 23. Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;

b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e

c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.”

Dentro dos limites da lei, do Estado democrático de direito, a liberdade é a de escolha de representantes eleitos e de exercício da representação. A igualdade é a submissão às mesmas condições de acesso, limitações ao exercício e processos legais que os demais cidadãos, seja entre iguais eleitores, seja entre iguais elegíveis ou eleitos. A justiça social é o ônus e o bônus da responsabilização pelos próprios atos políticos; do eleitor, no compartilhamento dos efeitos de suas escolhas com todo o corpo político-social; do eleito, na assunção individual de seus méritos e deméritos perante a comunidade político-social.

De qualquer maneira, esta é a esfera paramétrica de identificação de direitos e de aplicação do *rule of law*. Prazos, instâncias de julgamento e revisão, quóruns de deliberação, fases processuais, exercício do contraditório e da ampla defesa etc., todas expressões de um controle de legalidade democrática e de legitimação que se faz procedimentalmente e pode, de forma objetiva, ser passível de verificação e validação. Nos dois casos analisados até o momento, foram justamente problemas relacionados a procedimentos não observados em processos destituíntes que ensejaram o acionamento do SIDH. Considerando a diferença exposta entre direitos humanos *da* e *para a* democracia, passa-se agora à análise dos argu-

mentos invocados pela defesa de um caso de destituição presidencial por meio de instrumento previsto constitucionalmente, situação, portanto, que guarda alguns pontos em comum com as duas anteriores.

#### 4. A PETIÇÃO PREVENTIVA NO IMPEACHMENT DE DILMA ROUSSEFF

O impeachment sofrido pela ex-presidente Dilma Rousseff, em 31 de agosto de 2016, foi o ápice de uma cena política marcada por instabilidades, que teve como episódios mais marcantes o julgamento da Ação Penal 470 de 2007, visando à apuração de um esquema de compra de votos de parlamentares sob o governo de Luiz Inácio Lula da Silva (caso Mensalão), a série de protestos populares em todo o país pelo combate à corrupção e em defesa da democracia, em 2013, e os escândalos de desvio e lavagem de dinheiro público, tráfico de influências, fraudes licitatórias, entre outros, investigados na Operação Lava Jato, desde 2009 até o presente. A verdadeira avalanche de casos apurados e ainda sendo descobertos na referida operação aprofundou de maneira irreversível a crise política no país, a que se somaram os maus resultados da economia, com estagnação em 2014 e retração de 3,8% do PIB em 2015.<sup>16</sup>

A recém-reeleita presidente, Dilma Rousseff, diante da dupla crise e a crescente perda de governabilidade, teve 12 pedidos de impeachment apresentados à Câmara dos Deputados, sendo um deles aceito pelo então presidente da Casa, Eduardo Cunha, em dezembro de 2015. Nas acusações, alegou-se o cometimento de *crimes de responsabilidade* quando da edição de decretos para a abertura de créditos suplementares sem autorização prévia do Congresso Nacional e no uso de bancos públicos para o financiamento de programas do governo, conhecido como “pedaladas fiscais”. Após a admissibilidade do processo na Câmara, em abril de 2016, por 367 votos a favor e 137 contra e 7 abstenções, os autos seguiram para julgamento pelo Senado, que condenou a presidente por 61 votos a favor e 20 contra, sem abstenções. Entretanto, às vésperas da votação no Senado, em 09 de

---

<sup>16</sup> Dados do IBGE, disponíveis em: <http://www.ibge.gov.br>.

agosto, a defesa de Dilma Rousseff peticionou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, solicitando medidas cautelares.

Em comunicados à imprensa (n. 126/16, de 02 de setembro de 2016), a CIDH, na pessoa de seu Secretário-Executivo, Emilio Alvarez Icaza, manifestou preocupação com o impeachment levado a cabo. Segundo a instituição, a destituição de Dilma foi realizada por um *“julgamento político sobre o qual foram feitos questionamentos a respeito das garantias do devido processo legal”*. A CIDH expressou preocupação frente às denúncias sobre irregularidades, arbitrariedade e ausência de garantias do devido processo nas etapas do procedimento de destituição. Reconheceu-se que o julgamento político está previsto em normas de países da América Latina e que pode ser realizado pelos respectivos poderes legislativos, sem prejuízo das garantias mínimas de defesa nos procedimentos, *“principalmente se esses procedimentos puderem afetar os direitos humanos de uma pessoa”*, principalmente em se tratando de funcionários públicos eleitos pelo voto popular.

Quanto à solicitação sobre a qual ora nos debruçamos, os pedidos, em suma, foram de restituição imediata da então presidenta ao cargo para o qual foi eleita; a suspensão do trâmite de *“juízo político, impeachment”*, até que a CIDH pudesse verificar e decidir sobre sua regularidade em relação aos padrões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, conforme as condições expostas nos casos *Petrol, Lopez Mendozaly e Lopez Lonel*; a adoção de medidas necessárias para garantir plenamente os direitos dos cidadãos brasileiros votantes na eleição da então presidenta; e a adoção de uma providência rápida, que permitisse garantir efetivamente o gozo do direito no âmbito interno.

As alegações, em suma versam sobre questões procedimentais, com a observância do devido processo legal, e a garantia dos princípios ao contraditório e à ampla defesa tal como previstos na legislação constitucional e infraconstitucional brasileira, e a inexistência dos crimes de responsabilidade imputados à ex-presidente, a saber:

“1. A edição de decretos suplementares para execução de gastos por fora da Lei Orçamentária. Tal fato decorreu de pedidos de diversos órgãos e não por iniciativa da Presidenta. A objeção parte de uma interpretação distinta da posição histórica do Tribunal de Contas da União, o qual também foi solicitante de um decreto suplementar, mesmo após ter se manifestado sobre a suposta infração. Vale destacar que, em toda a história da Administração Pública no Brasil, nunca o TCU havia oposto objeções a esse tipo

de edição de decretos suplementares e que a Presidenta da República acatou dali em diante aquela decisão. É importante destacar ainda que as decisões do TCU são remetidas para avaliação e aprovação ao Congresso Nacional, o qual ainda não se manifestou a respeito.

2. O atraso no pagamento de compromissos assumidos pelo Estado mediante ajustes contábeis – conhecidos como ‘Pedaladas Fiscais’ – os quais foram considerados ilícitos pelos iniciadores do juízo político.”

Ainda sobre a materialidade do *crime de responsabilidade*, argumentou-se que o Ministério Público Federal, no Procedimento Investigatório Criminal n. 1.16.000.001686/2015-25, em despacho de arquivamento parcial proferido em 8 de julho de 2016, entendeu que as chamadas “pedaladas fiscais” não constituem operações de crédito e tampouco são tipificadas como *crime*.

Nesse ponto, cumpre esclarecer que o papel institucional de investigação e acusação do Parquet em instância *criminal*, com propósito de punição de por crimes propriamente ditos, ou seja, previstos na legislação penal, desenvolve-se em esfera independente da instância *política*<sup>17</sup> de apuração de crimes de responsabilidade, o Congresso Nacional. Portanto, não há vinculação, no julgamento do impeachment, ao parecer do MPF, que, não obstante, pode ser invocado pela defesa como reforço argumentativo.

Aqui, efetivamente, não se aplicam as normas de direito material do Direito Penal, apesar da aplicação subsidiária das normas de direito processual ao trâmite previsto na Lei n. 1.079/50, e os crimes de responsabilidade, em verdade, abrangem condutas graves, que vão desde crimes propriamente ditos a infrações administrativas. Mais que isso, a lógica do impeachment é a de proteção da dignidade do cargo e assecuramento da existência e manutenção do país, sobejando a mera punição, o que justifica inclusive o afastamento do cargo após a resolução do Senado que determina o prosseguimento do processo após a admissibilidade exarada pela Câmara dos Deputados.

Ainda cabe mencionar a alegação de ofensa ao princípio da legalidade, em razão da mudança de entendimento do TCU sobre as de 2014 e 2015, lembrando que o julgamento de Dilma limitou-se a este último período, que corresponde ao primeiro exercício financeiro

---

<sup>17</sup> BROSSARD, Paulo. **O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**. 3ª ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 73.

do mandato em curso (atos praticados no primeiro mandato foram descartados como objeto do julgamento). Em 07 de outubro de 2015, as contas de 2014 foram rejeitadas, por se entender que o balanço apresentado pela União continha irregularidades que feriram preceitos constitucionais, a Lei Orçamentária e a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Foram detectadas distorções envolvendo mais de R\$ 100 bilhões na execução orçamentária do governo, dos quais R\$ 52 bilhões se referem às chamadas “pedaladas fiscais”.

O parecer opinando pela rejeição das contas pelo Congresso foi histórico, pois não ocorria desde 1937, contudo, em 2013, as contas haviam sido aprovadas com 26 ressalvas, já constando entre elas os atrasos dos repasses do Tesouro para programas do governo gerenciados por bancos, como a Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil e BNDES, apurado em R\$ 36,07 bilhões. O alerta foi feito devido aos volumes expressivos, fazendo com que as instituições bancassem as despesas que eram do governo federal e não das entidades financeiras, gerando uma melhora artificial no resultado fiscal. Em 05 de outubro de 2016, novo parecer do TCU opina pela rejeição do balanço das contas do governo Dilma relativo ao exercício de 2015, com passivo, em novembro daquele ano, de R\$ 58,68 bilhões referentes às pedaladas.<sup>18</sup>

Quanto às questões processuais e às garantias que lhe são inerentes, questionou-se, quanto à fase do julgamento realizada na Câmara, a votação em bloco na Comissão Especial, a fundamentação política ou ausente no plenário e a falta de correspondência entre acusações e pauta de votação, e a ausência de recurso do juízo de admissibilidade (a rigor, juízo de procedibilidade, por não se tratar de pronúncia); e quanto à primeira fase no Senado, a limitação de testemunhas e do tempo de inquirição a cada senador, o rechaço a perícias e a resolução de afastamento do cargo por políticos, e não por “juízes competentes” dentro de um processo penal (art. 23.2 da CADH).

---

<sup>18</sup> Em comparação a governos anteriores, correspondeu a um aumento de 50% no volume dos passivos apurados, segundo informações do Banco Central. Também considerável o aumento em relação aos períodos descobertos nas contas movimento dos programas governamentais. Enquanto nos governos FHC e Lula, os períodos somaram 7 meses, com Dilma, chegou-se a 2 anos de atrasos, sem se olvidar as consequentes incorrências de juros.

O procedimento do impeachment de foi balizado seguindo o mesmo rito do julgamento de Fernando Collor de Mello em 1992 e considerações que foram definidas, previamente, pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 378 MC/DF<sup>19</sup>, que determinou competir à Câmara dos Deputados apenas autorizar ou não a instauração do processo (condição de procedibilidade); que a ampla defesa do acusado no rito da Câmara deve ser exercida no prazo de dez sessões (RI/CD, art. 218, § 4o), tal como decidido pelo STF no caso Collor (MS 21.564, Rel. para o acórdão Min. Carlos Velloso); que no curso do procedimento de impeachment, o acusado tem a prerrogativa de se manifestar, de um modo geral, após a acusação, sendo concretizada, assim, da garantia constitucional do *due process of law*<sup>20</sup>.

Estabeleceu-se, ademais, que, embora o art. 38 da Lei no 1.079/1950 preveja a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, o art. 36 dessa Lei já cuida da matéria, conferindo-lhe tratamento especial e de maneira distinta do CPP, não sendo caso de lacuna legal as hipóteses de impedimento e suspeição dos julgadores. A diferença de disciplina se justifica, de todo modo, pela distinção entre magistrados, dos quais se deve exigir **plena imparcialidade**, e parlamentares, que podem exercer suas funções, inclusive de fiscalização e julgamento, com base em suas **convicções político-partidárias**, devendo buscar realizar a vontade dos representados.

Com relação à garantia da ampla defesa, esclareceu-se que a apresentação de defesa prévia não é uma exigência do referido princípio constitucional e que constitui exceção, e não a regra no processo penal. Não há, portanto, impedimento para que a primeira oportunidade de apresentação de defesa no processo penal comum se dê após o recebimento da denúncia. No caso do impeachment, embora não se assegure defesa previamente ao ato do Presidente da Câmara dos Deputados que inicia o rito naquela Casa, colocam-se à disposição do acusado inúmeras oportunidades de manifestação em ampla instrução processual. Concluiu o STF que não há, portanto, violação à garantia da ampla defesa e aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em tema de direito de defesa.

---

<sup>19</sup> STF, ADPF 378 MC/DF, rel. Min. Edson Fachin, rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, Plenário, DJE de 17/12/2015.

<sup>20</sup> Precedente: MS 25.647-MC, Redator p/ acórdão Min. Cezar Peluso, Plenário.

Além disso, o art. 19 da Lei n. 1.079/1950, no ponto em que exige proporcionalidade na Comissão Especial da Câmara dos Deputados com base na participação dos partidos políticos, sem mencionar os blocos parlamentares, foi superado pelo regime constitucional de 1988, que expressamente admitiu a possibilidade de se assegurar a representatividade por bloco (art. 58, §1o) e a delegação da matéria ao Regimento Interno da Câmara (art. 58, *caput*). A opção pela aferição da proporcionalidade por bloco foi feita e vem sendo aplicada reiteradamente pela Câmara dos Deputados na formação de suas diversas Comissões, tendo sido seguida, inclusive, no caso Collor.

O STF assentou, ainda, que o interrogatório do acusado, instrumento de autodefesa que densifica as garantias do contraditório e da ampla defesa, deve ser o último ato de instrução do processo de impeachment, por aplicação analógica da interpretação conferida pelo Supremo ao rito das ações penais originárias<sup>21</sup>. De fato, Dilma foi ouvida em sessão que durou 14 horas. Todos os senadores tiveram espaço para questionar a presidente, a sua defesa e a acusação, além de apresentar manifestações e fazer perguntas ao longo do processo.

Quanto a oitiva de testemunhas, a vedação legal é de que sejam em número inferior a cinco (art. 16, Lei n. 1.079/50), não caracterizando restrição ao direito de defesa a limitação em número superior (no caso, 8 testemunhas). De igual modo, o estabelecimento de três minutos para cada um dos 81 senadores para a inquirição de cada uma dezoito testemunhas, o que equivale a 64,8 horas de questionamento (ou 4,05 horas de inquirição por testemunha), não contado o tempo de resposta, de forma alguma poderia ser considerado como violação à ampla defesa.

As demais insurgências da defesa, aderência do julgamento e votação aos termos da petição do impeachment e fundamentação do votos e afastamento de perícia, já foram sobejamente pacificadas pela jurisprudência e pela doutrina brasileiras. O impeachment, julgamento político, confere aos parlamentares ampla discricionariedade<sup>22</sup>, sobretudo considerando tratar-se de um corpo político e não de juristas e técnicos, que a limitação do

---

<sup>21</sup> Precedente: AP 528-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário.

<sup>22</sup> Sobre esse ponto, pronunciou-se o STF, na referida ADPF 378: “[...] *embora o Presidente da República esteja sujeito a **convencimentos políticos marcados por larga discricionariedade**, essa característica substancial do processo não retira do acusado suas prerrogativas formais que derivam, direta ou indiretamente, do devido*

objeto da acusação no juízo de procedibilidade feito pela Câmara pode ser revisto no Senado e que os votos proferidos naquela Casa Legislativa são propriamente *declarações de voto* (RICD, art. 187, §4o, inc. II).

Por fim, quanto à aplicação específica do art. 23.2 da CADH, segundo o qual a *“lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de [...] condenação, por juiz competente, em processo penal”*, determina condições de participação, direito de voto e acesso dos cidadãos às funções públicas, não propriamente à manutenção do exercício dos direitos e oportunidades mencionados e discriminados no art. 23.1. Ainda que assim se considerasse, equivaleria a um questionamento da validade da norma constitucional que prevê o instituto do impeachment em face da Convenção Americana, o que inviabilizaria a própria adesão ao documento ou, pelo menos, um sem número de reservas ao dispositivo em comento, haja vista que mais de dez países das Américas adotam essa forma destituente<sup>23</sup>. A adoção desse entendimento significa uma negação à soberania desses países e a seu próprio reconhecimento como pessoas de direito público internacional, pois que sua personalidade jurídica se fundamenta em suas cartas constitucionais.

Tenha-se ainda em conta as diversas linhagens epistemológicas e teórico-políticas esposadas pelas nações americanas acerca das interações entre direito interno e direito internacional. No caso brasileiro, especificamente, adotou-se o dualismo moderado, conforme entendimento do STF na ADI n. 1.480/DF, em que os tratados e convenções são internalizados com a promulgação de decreto executivo, entretanto, sempre com status de

---

*processo legal [...]”*; *“Não obstante a significativa redução da esfera de atribuições constitucionais da Câmara dos Deputados, compete-lhe, ainda, no que concerne ao tema da responsabilidade político-administrativa do Presidente da República, a formulação de juízo a que se revela subjacente uma forte carga de discricionariedade, motivada por razões de índole diversa.”* – grifou-se.

<sup>23</sup> Apenas nas três últimas décadas, nove países utilizaram-se do expediente do impedimento, que também vigora no Canadá e nos Estados Unidos, que forneceu a matriz do modelo adotado na América Latina: Guatemala - Otto Pérez Molina (2015) e Jorge Serrano Elías (1993), Paraguai - Fernando Lugo (2012) e Raúl Cubas (1999), Honduras - Manuel Zelaya (2009), Equador - Lúcio Gutiérrez (2005), Jamil Mahuad (2000) e Abdalá Bucaram (1997), Bolívia - Carlos Mesa (2005) e Gonzalo Sánchez de Lozada (2003), Argentina - Fernando de la Rúa (2001), Peru - Alberto Fujimori (2000), Venezuela - Carlos Andrés Pérez (1993) e Brasil - Fernando Collor de Mello (1992). Dados disponíveis em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/05/160414\\_queda\\_presidentes\\_jf\\_rb](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/05/160414_queda_presidentes_jf_rb).

norma infraconstitucional<sup>24</sup>. E, em que pese a inclusão, pela EC n. 45/04, do §3o no art. 5o da Constituição, que admite tratados de direitos humanos com status de emenda à Constituição, não há se falar em normas constitucionais inconstitucionais. A colmatagem entre os dois dispositivos seria facilmente proporcionada pelo método da interpretação conforme a Constituição, restringindo o sentido do dispositivo da CADH e mantendo hígido o instituto do impedimento em sua redação e alcance originais, que subsiste no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, com poucas alterações, desde a Constituição de 1891.

Ao fim e ao cabo, a tese da defesa é toda construída de forma a afirmar a prevalência da CADH sobre a Constituição brasileira, na medida em que questiona o fato de o julgamento do impeachment se tratar de juízo político e de não haver previsão de instância superior ao Plenário do Senado. O que se requereu consubstanciou, assim, mais que um controle de convencionalidade acerca do julgamento político sofrido (naquele momento, ainda em trâmite) por Dilma Rousseff, mas verdadeiro pedido de controle *in abstracto* da Constituição do Brasil, o que, por sua vez, não se coaduna com o sistema de proteção a direitos humanos da democracia, baseado no primado do direito.

Não obstante, na Comissão, o processo continua em trâmite e, na Corte, os julgamentos costumam durar vários anos, o que torna improvável qualquer desfecho ainda durante o mandato do governo brasileiro atual, assumido pelo vice-presidente de Dilma, Michel Temer. Não obstante, e para conferir celeridade ao processo, o Secretário-Geral da OEA, Luis Almagro, pediu em maio deste ano que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionasse sobre a legalidade do impeachment de Dilma. A corte recusou manifestar-se, uma vez que o pedido de consulta não pode ser usado *“para obter um pronunciamento indireto de um assunto em litígio”* nem *“como instrumento de um debate político interno”*. A Corte poderá ser instada a se pronunciar sobre o tema novamente, caso a Comissão decida favoravelmente a Dilma e avalie que o Brasil não seguiu a orientação do órgão.

## 5 ALGUMAS CONCLUSÕES

---

<sup>24</sup> A propósito, veja-se MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de Direito Internacional Público*, 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 82.

Na análise da evolução das cortes internacionais, observou-se que os princípios gerais de direito e a complementaridade das normas internacionais pelos ordenamentos jurídicos internos foram e são fundamentais para a construção de um sistema internacional de direitos humanos e, em especial, do Sistema Interamericano.

A adoção do primado do direito e a formação de uma jurisprudência internacional que concretize pautas e entendimentos comuns são responsáveis pela viabilização não apenas de uma gramática comum dos direitos humanos, como também da própria existência de uma esfera jurídica internacional, principalmente neste que é o tema mais sensível aos povos em todas as épocas e lugares – os direitos humanos, justamente por apelar à dimensão mais básica da existência do homem.

Tratando-se da interação entre direitos humanos e princípio democrático, verificou-se, em três casos emblemáticos no âmbito do SIDH, que, *pari passu* ao impulso primordial da garantia e incremento paulatino de direitos de liberdade, igualdade e justiça social, identificados como direitos humanos *para a* democracia e a serviço de um incremento constante da qualidade dos processos democráticos e de suas possibilidades de promoção do desenvolvimento social em escala regional e global, a simbiose com efetivo espaço de aplicação internacional encontra-se nos direitos humanos *da* democracia, aferíveis em termos procedimentais reportáveis à legislação interna dos países.

Em um primeiro plano, o primado do direito é o primado do processo democrático e dos direitos humanos *da* democracia. Os direitos humanos *para a* democracia aparecem como reforço argumentativo ou *obter dictum*, não como *ratio decidendi*. Em outras palavras, a inexistência de ilegalidades democrático-procedimentais tornaria insustentável a condenação.

Em processos destituíntes, por excelência, isso se faz tanto evidente quanto necessário, principalmente no SIDH, quando analisamos o histórico de quebras da ordem constitucional nos países da América Latina, por demandas de origem não popular. Não raro, opta-se como solução para crises e instabilidades políticas e econômicas, a convocação de assembleias constituintes, ou seja, repactuações do contrato social *ad infinitum*.

Nesse sentido, o reforço dos ordenamentos constitucionais internos pela constante fiscalização e adoção de medidas dissuasórias previstas nos instrumentos jurídicos da OEA

e, em particular, do SIDH, são contribuições valiosas e em franca estruturação, expansão e aprofundamento, que fortificam a pavimentação da paz no continente.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BROSSARD, Paulo. O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República. 3ª ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1992.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013.
- GARCÍA, Hernán Alejandro Olano. Teoría del control de convencionalidade. In: **Estudios Constitucionales**, Año 14, n. 189, 2016, pp. 61-94.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Raíz, Actualidad y Perspectivas de la Jurisdicción Interamericana de Derechos Humanos. In: **Cuestiones Constitucionales**, n. 20, enero-junio 2009, pp. 149-190.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**, 6a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- OEA. **Relatório Anual do Conselho Permanente à Assembleia Geral, 2009-2010**, OEA/Ser.P, AG/doc.5111/10, Lima, Peru, 1o junho 2010.
- \_\_\_\_\_. **Resolução sobre a crise política em Honduras** (aprovada na sessão plenária de 1o de julho de 2009 e revisada pela Comissão de Estilo) AG/RES. 1 (XXXVII-E/09) rev. 1.
- \_\_\_\_\_. **Resolução sobre a suspensão do direito de Honduras de participar na OEA** (aprovada na segunda sessão plenária, realizada em 4 de julho de 2009 e revisada pela Comissão de Estilo) AG/RES. 2 (XXXVII-E/09) rev. 1.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência brasileira**. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 137-154.
- RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

**UMA BREVE ANÁLISE  
DO CASO INSTITUTO  
PENAL PLÁCIDO DE  
SÁ CARVALHO  
VERSUS  
ORGANIZAÇÃO DOS  
ESTADOS  
AMERICANOS: O  
PAPEL DA  
DEFENSORIA  
PÚBLICA NA  
GARANTIA DE  
DIREITOS HUMANOS  
DAS PESSOAS  
PRIVADAS DE  
LIBERDADE**

**CRISTIANE ARIGONI**

**BRAGA DA SILVA<sup>1</sup>**

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar brevemente a atuação e o papel da Defensoria Pública, a atuação do Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do RJ -

NUSPEN/DPGERJ frente às violações de Direitos Humanos cometidas no “Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho” - IPPSC, em Bangu/RJ, a sua atuação em âmbito internacional e como articuladora de políticas públicas em prol dos direitos humanos das pessoas com sua liberdade limitada. Observamos que os incidentes ocorridos na Unidade Prisional supracitada eclodiram após realizações de vistorias e posteriores confecções de relatórios, bem como demais documentos, encaminhados primeiramente aos órgãos internos competentes para averiguação e posteriormente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH/OEA, cujo papel internacional é apurar e verificar a responsabilização do Estado brasileiro frente às essas e demais violações, onde em algumas delas acabaram por culminar em infelizmente alguns óbitos. A partir desse contexto e desse caso concreto, analisamos a importância da Defensoria Pública frente aos órgãos internacionais de direitos humanos; quais os desdobramentos dessas violações perante os mecanismos internos e internacionais de direitos humanos, e como a mesma possa auxiliar como um braço do sistema de justiça em corroborar, acompanhar e embasar o pensamento e a defesa bem como os avanços e desafios após decisão internacional, de apuração da

---

<sup>1</sup> Possui graduação em Direito - Faculdades Integradas Hélio Alonso (2014). Advogada e Consultora Jurídica. Especialista em Gênero e Sexualidade pelo Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - IMS/UERJ/RJ. Especialista em Ciências Criminais e Segurança Pública do Centro de Ciências Sociais da

Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - CCS/UERJ/RJ. Especialista em Direitos Humanos e Saúde pelo Departamento de Direitos Humanos, Saúde e Diversidade Sexual da Escola de Saúde Pública Sérgio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz - DIHS/ENSP/FIOCRUZ/RJ.

responsabilização civil e criminal do Estado brasileiro frente às violações apresentadas.

**PALAVRAS-CHAVES:** Defensoria Pública. Comissão. Responsabilização Estatal.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to briefly analyze the role and the role of the Public Defender 's Office, the work of the Nucleus of the Public Defender' s Office of the Public Defender of the State of RJ - NUSPEN / DPGERJ against human rights violations in the "Penal Institution Plácido de Sá Carvalho "- IPPSC, in Bangu / RJ, its international action and as articulator of public policies for the human rights of people with limited freedom. We note that the incidents occurring in the aforementioned Prison Unit broke out after conducting surveys and subsequent reports, as well as other documents, sent first to the internal organs responsible for investigation and subsequently to the Inter-American Commission on Human Rights - IACHR / OAS, whose international role is to investigate and verify the Brazilian State's accountability to these and other violations, where in some of them it ended up culminating in unfortunately some deaths. From this context and in this concrete case, we analyze the importance of the Public Defender's Office vis-à-vis international human rights bodies; and the way in which it can assist as an arm of the justice system in corroborating, monitoring and supporting the thinking and defense as well as the advances and challenges after an international decision, determination of the civil and criminal responsibility of the Brazilian State against the violations presented.

**KEYWORDS:** Public Defender's Office. Commission. State Accountability.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. BREVE RELATO ELUCIDATÓRIO SOBRE O CASO. 2.1 BASE JURÍDICO-DOCTRINÁRIA PARA AUXILIAR NA FUNDAMENTAÇÃO DA SOLICITAÇÃO. 2.1.1 BASE JURÍDICO-DOCTRINÁRIA PARA FUNDAMENTAÇÃO DO PEDIDO SOBRE OS LOCAIS DESTINADOS AS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE. 2.1.2 BASE JURÍDICO-DOCTRINÁRIA PARA FUNDAMENTAÇÃO DO PEDIDO SOBRE ALIMENTAÇÃO DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE. 2.1.3 BASE JURÍDICO-DOCTRINÁRIA PARA FUNDAMENTAÇÃO DO PEDIDO SOBRE SAÚDE E ASSISTÊNCIA SANITÁRIA DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE. 2.1.3.1 BASE JURÍDICO-DOCTRINÁRIA PARA FUNDAMENTAÇÃO DO PEDIDO SOBRE SAÚDE FÍSICA DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE. 2.1.3.2 BASE JURÍDICO-DOCTRINÁRIA PARA FUNDAMENTAÇÃO DO PEDIDO SOBRE SAÚDE MENTAL DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE. 2.1.3.3 BASE JURÍDICO-DOCTRINÁRIA PARA FUNDAMENTAÇÃO DO PEDIDO SOBRE ASSISTÊNCIA SANITÁRIA DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE. 3. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA FRENTE AOS ÓRGÃOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. 3.1 PARTICIPAÇÕES DE DIVERSOS ATORES NA COMISSÃO E NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM PROL DOS DIREITOS DOS PRESOS. 4. O PAPEL DA CORTE E DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS FRENTE DIANTE DE DENÚNCIAS DE PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE. 5. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO FRENTE ÀS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS OCORRIDAS NA UNIDADE PRISIONAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO. 6. AVANÇOS E

DESAFIOS. 7. IN(CONCLUSÃO). 8.  
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## 1. INTRODUÇÃO

Os Defensores Públicos do NUSPEN/DPGERJ em 2016 solicitaram junto a CIDH/OEA, que requeressem junto ao Estado brasileiro, medidas acautelatórias em prol dos direitos humanos dos presos que se encontrava no IPPSC/RJ, devido às condições sub-humanas de tratamento, oriundas do acatamento acima do estabelecido normativas nacionais e internacionais de direitos humanos, ocasionando a “superpopulação carcerária”, tendo como consequência até o falecimento de alguns cativos.

A Comissão, após analisar o caso apresentado pelo referido órgão e diante dos relatos de maus tratos e tortura sofridos pela população carcerária, se baseou no art. do Regulamento da CIDH/OEA, para aplicar ao Estado brasileiro as medidas cautelares solicitadas pelos NUSPEN/DPGERJ, visando à proteção da integridade psicofísica dos apenados diante das violações relatadas, onde uma delas foi a solicitação da diminuição da população carcerária, melhoria na qualidade de vida dos presos daquele local, principalmente no que diz respeito ao acesso a saúde, conforme dispõe a liminar do caso.<sup>1</sup>

## 2. BREVE RELATO ELUCIDATÓRIO SOBRE O CASO

O NUSPEN/DPGERJ escolheu a referida Unidade Prisional, pois se trata de um local onde se comporta presos do sexo masculino, em cumprimento de pena em regime semiaberto ou aguardando transferência para outra Unidade Prisional – comumente conhecida como “Unidade de Passagem”, onde as condições previamente estabelecidas estão sendo gravemente violadas. Conforme disposto na Resolução 14/1994 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP<sup>2</sup>, as regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil, principalmente dos presos provisórios, é dentre outras, a separação deste dos presos já

---

<sup>1</sup> **Liminar CIDH Plácido de Sá Carvalho.** Disponível em: <[http://www.portaldpge.rj.gov.br/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/LIMINAR\\_CIDH\\_PLACIDO.pdf](http://www.portaldpge.rj.gov.br/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/LIMINAR_CIDH_PLACIDO.pdf)> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

<sup>2</sup> **Regras mínimas para tratamento dos presos.** Disponível em: <[file:///C:/Users/Owner/Downloads/resoluo%20n%2014%201994%20-%20estabelece%20regras%20mnimas%20para%20o%20tratamento%20do%20preso%20no%20brasil%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Owner/Downloads/resoluo%20n%2014%201994%20-%20estabelece%20regras%20mnimas%20para%20o%20tratamento%20do%20preso%20no%20brasil%20(2).pdf)> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

condenados; cela individualizada, de preferencia; utilização do próprio vestuário e de seus pertences pessoais; oferta de proposta laboral, bem como atendimento médico e odontológico, dentre outros. Isso inclui os presos provisórios por dívida de natureza civil, além da garantia dos direitos políticos, como por exemplo, o direito a voto.<sup>34</sup>

## 2.1 Base jurídico-doutrinária para auxiliar na fundamentação da solicitação

Com esse caso e mediante as visitas realizadas pelos Defensores do NUSPEN/DPGERJ a referida comissão de avaliação constatou que os apenados não tinham condições de lá ficarem/permanecerem por conta da desconformidade desta com as recomendações da ONU, onde no Relatório de visita anterior já apontava o sistema carcerário brasileiro devido à superlotação e o perfil populacional como uma prática de “racismo institucional<sup>5</sup>”, pois é composta de cerca de 70% de pessoas negras/pretas/pardas e pobres:

O contínuo aumento da população carcerária, combinado à capacidade dos presídios de abrigar 376,7 mil detentos, criou um sistema marcado pela superlotação endêmica”, segundo o documento. “O relator especial encoraja fortemente o governo a focar em reduzir a população carcerária, mais do que aumentar o número de presídios”, completou. As condições de detenção frequentemente remetem a tratamento cruel, desumano e degradante. A superlotação severa leva a condições caóticas nos presídios e impactos nas condições de vida dos presos e seu acesso a comida, água, defesa legal, assistência médica, apoio psicológico, oportunidades de educação e trabalho, assim como banho de sol, ar fresco e recreação.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Preso provisório terá direito de voto assegurado em Rondônia, diz TRE. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2016/03/preso-provisorio-tera-direito-de-voto-assegurado-em-rondonia-diz-tre.html>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

<sup>4</sup> OAB/RJ: convênio TRE assegura voto de preso provisório. Disponível em: <<http://www.oabRJ.org.br/noticia/97145-oabRJ-convenio-com-tre-assegura-voto-de-presos-provisorios>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

<sup>5</sup> Negros enfrentam risco significativamente maior de encarceramento em massa, abuso policial, tortura e maus-tratos, negligência médica, de serem mortos pela polícia, receber sentenças maiores que os brancos pelo mesmo crime e de sofrer discriminação na prisão – sugerindo alto grau de racismo institucional, afirmou o documento. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/relator-da-onu-condena-pratica-de-tortura-e-racismo-institucional-nos-presidios-brasileiros/>> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

<sup>6</sup> Relator da ONU condena prática de tortura e racismo institucional nos presídios brasileiros. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/relator-da-onu-condena-pratica-de-tortura-e-racismo-institucional-nos-presidios-brasileiros/>> Acesso em: 19 de agosto de 2017.

Internamente essas solicitações encontram-se previstas pela Lei de Execuções Penais - LEP/1984<sup>7</sup> a partir do art.10; nas Resoluções 14/1994, 04/2014 e 02/2015 do CNPCP<sup>8910</sup>, e corrobora com acervado anteriormente, pois os mesmos encontravam-se desprovidos de condições higiênicas adequadas, com relatos de mau condicionamento na alimentação e no fornecimento de água potável e (que nem sempre era disponibilizada), gerando situações insalubres e degradantes, ao ponto de adquirirem doenças (algumas infecto contagiosas, tais como: tuberculose, hepatites e HIV/AIDS), culminando em casos mais graves morte de alguns internos.

Isso porque mesmo com o fornecimento (de forma precária segundo o NUSPEN/DPGERJ) pela SEAP/RJ de tratamento médico e ambulatorial, este não é quantitativamente suficiente e não contempla o previsto legalmente, pois estas resoluções determinam, no que fala sobre os locais destinados aos apenados, que sejam individualizados e nos coletivos, que sejam separados e classificados, contendo roupa de cama e mantido em condições de higiene adequadas; o local deve ser amplo, com ventilação e iluminação; as instalações sanitárias devem respeitar a salubridade e a privacidade, bem como o banho deve ser com temperatura climática; a vestimenta pessoal de acordo com apenado e ao clima local e de forma a respeitar sua dignidade e individualidade, podendo o mesmo utilizar roupas particulares; a alimentação realizada de forma a respeitar as normas de higiene e nutricional e o fornecimento de água potável; o preso tem direito a prática de exercícios físicos e banho de sol de pelo menos uma hora; o atendimento médico deverá contemplar o atendimento físico e psicológico com profissionais das respectivas áreas, além do fornecimento de medicamento, com respeito às pessoas que são usuárias ou dependentes químicas, além de assegurar a transferência do mesmo a uma unidade de saúde caso não haja tratamento adequado na unidade, garantindo a separação dos presos dos demais que possuam doença infectocontagiosas.

### 2.1.1 Base jurídico-doutrinária para fundamentação do pedido sobre os locais destinados as pessoas privadas de liberdade

---

<sup>7</sup> BRASIL. **Lei 7.210/1984: Lei de Execuções Penais - LEP**. Art. 10 e 11 da LEP/1984: Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso. Art. 11. A assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)> Acesso em: 25 de agosto de 2017.

<sup>8</sup> BRASIL. **Lei 7.210/1984: Lei de Execuções Penais – LEP**. *Op. Cit.*

<sup>9</sup> BRASIL **Resolução CNPCP 04/2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-4-de-18-de-julho-de-2014.pdf>> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

<sup>10</sup> BRASIL. **Resolução CNPCP 02/2015**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/2015-numero-2.pdf>> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

No que tange os locais destinados aos presos especificamente sobre os presos provisórios, o CNPCP publicou recentemente algumas resoluções importantes: a Resolução 02 de 2016<sup>11</sup>, que dispõe sobre o cadastro único de pessoas privadas de liberdade da Unidade Penal, com *vacatio legis* de 2016, que deveriam ser apontadas o escalonamento gradativo de algumas medidas, dentre elas: a saída antecipada com base em dados do atestado de pena – denominado também como “atestado de antecedentes criminais<sup>12</sup>”; a liberdade eletronicamente monitorada enquanto em regime semiaberto (ou seja, a utilização de tornozeleiras eletrônicas, por exemplo, evitando com isso prisões desnecessárias<sup>13</sup>); o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou a verificação nas hipóteses de progressão antecipada ao regime aberto; a possibilidade de deferimento do pedido da prisão domiciliar (conforme disposto, por exemplo, na Lei 13.257/2016, para o homem que seja o único responsável pela família<sup>15</sup>), até que sejam estruturadas as referidas medidas alternativas.

Este Cadastro teve como base o art. 84 da LEP/1984, que foi alterada pela Lei 13.167/2015<sup>17</sup>, que estabeleceu novos critérios para os presos nas Unidades Prisionais, que teve como base o art. 8º. das Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas para Tratamento de Prisioneiros onde diz, não significando que para isso deverão ser construídas, necessariamente, outras Unidades Prisionais: “As diferentes categorias de presos deverão ser mantidas em estabelecimentos prisionais separados ou em diferentes zonas de um mesmo estabelecimento prisional, levando-se em consideração seu sexo e idade, seus antecedentes, as razões da detenção e o tratamento que lhes deve ser aplicado.”<sup>18</sup> Outro fato importante que elucidou a criação dessa Resolução foi o Recurso Extraordinário - RE 641320, cujo Relator é o Exmo. Sr. Dr. Min. Gilmar Mendes, em caráter de repercussão geral, determinando que

---

<sup>11</sup>BRASIL. **Resolução CNPCP 02/2016.** Disponível em: <[http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Resolucao\\_CNPCP/Resolucao\\_02\\_2016.pdf](http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Resolucao_CNPCP/Resolucao_02_2016.pdf)>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.

<sup>12</sup> **Local e documentação necessária no Rio de Janeiro para solicitar: Rio Poupa Tempo.** Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/poupatemporj/exibeconteudo?article-id=217089>>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.

<sup>13</sup> **Revista Direito e Atualidade.** Disponível em: <[https://issuu.com/venturim.dias/docs/revista\\_des\\_ed.2web](https://issuu.com/venturim.dias/docs/revista_des_ed.2web)>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.

<sup>14</sup>BRASIL. **Projeto de Lei 1989/2016 da ALERJ.** Disponível em: <[<sup>15</sup> \*\*Presidente do STF concede prisão domiciliar a idoso com enfermidade grave.\*\* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=320615>>. Acesso em: 22 de agosto de 2017.](http://www2.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?id=7&url=L3NjcHJvMTUxOS5uc2YvMTA2MmWY3NTlkOTdhNmlyNDgzMjU2NmVjMDAxOGQ4MzlvNTYwNzgzYTgyNTAwZGFIZDgzMjU3ZmVkMDAzYWZlYzQ/T3BlbkRvY3VtZW50.></a> Acesso em: 25 de agosto de 2017.</p>
</div>
<div data-bbox=)

<sup>16</sup> **Novas hipóteses de prisão domiciliar.** Disponível em: <<http://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/335548560/novas-hipoteses-de-prisao-domiciliar-apos-a-lei-13257-2016>>. Acesso em: 22 de ago de 2017.

<sup>17</sup>**Breves comentários da Lei 13.167/2015.** Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/10/breves-comentarios-lei-131672015-que.html>>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.

<sup>18</sup>**Regras Mínimas para o Tratamento dos Prisioneiros.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>>. Acesso em: 22 de agosto de 2017.

mediante falta de vagas nas Unidades Prisionais para as pessoas privadas de liberdade em cumprimento de pena no regime semiaberto e abertas, descumprindo o preconizado nos arts. 1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana) e 5º, II (princípio da legalidade), XLVI e LXV da CRFB/88.<sup>19</sup> Isso porque no Brasil, conforme disposto no CP/1940 e na LEP/1984 e demais legislações penais pertinentes, o regime adotado é o sistema progressivo de cumprimento de pena, ou seja, do mais gravoso para o menos gravoso, onde na prática não está funcionando em detrimento ao número baixo de vagas em estabelecimentos prisionais, principalmente nos regimes semiaberto e aberto, ficando a pessoa presa em regime mais gravoso, geralmente o fechado. Com isso estamos infligindo a lei ao condenar o preso ao regime mais gravoso, excedendo em sua execução.

Uma das alternativas apresentadas pelo CP/1940, em seu art. 33, § 1º é colocar o apenado em regime similar ou mais “adequado”: “Considera-se: regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; regime aberto à execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.” Mas qual seria o significado disso? Este significado não está contemplado nem na LEP/1984. Mas há um entendimento do STF que versa sobre esse assunto:

Os juízes da execução penal podem avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, “b” e “c”, do CP). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. STF. (Info 825).<sup>20</sup>

O referido entendimento foi ratificado pela Súmula Vinculante 56 do STF<sup>21</sup>, do texto do Exmo. Min. Dr. Luís Roberto Barroso, cuja proposta foi originalmente apresentada pelo Defensor Público-Geral Federal: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.”<sup>22</sup>As medidas mencionadas anteriormente, segundo esta Resolução, deverão ser atendidas no prazo de 180 (cento e

---

<sup>19</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 01 de outubro de 2017.

<sup>20</sup> **Recurso Extraordinário 641320 do TJRS.** Disponível em: <https://dizerdireitodotnet.files.wordpress.com/2016/08/sv-56.pdf>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.

<sup>21</sup> **Súmula Vinculante 56 do Supremo Tribunal Federal - STF.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319993>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.

<sup>22</sup> **STF cria simula que proíbe preso aguardar vaga em regime mais grave.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-29/stf-cria-sumula-proibe-aguardar-vaga-regime-grave>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.

oitenta) dias, com apoio e intermediação do CNJ<sup>23</sup> e do Poder Judiciário, que teve como base se sua elaboração outros documentos importantes como o PNPCP 2015-2019.<sup>24</sup>

### 2.1.2 Base jurídico-doutrinária para fundamentação do pedido sobre alimentação das pessoas privadas de liberdade

Sobre a alimentação há reclamação dos presos quanto ao fornecimento bem como da qualidade que deve apresentar valor nutritivo adequado à saúde e à robustez dos presos. Esta é uma reclamação comprovada em estudos realizados pela FIOCRUZ, onde as pesquisadoras relatam que não há uma diferenciação no cardápio em relação aos presos que possuem problemas de saúde, idosos e pessoas com doenças crônicas que precisam de uma dieta diferenciada e que as mesmas são servidas de modo a não contemplar essa solicitação, além de se apresentarem em más condições de armazenamento:

Na prática, porém, os presos consideram que a comida é perigosa a ponto de matar (fala de um preso da Capital). As presas assinalaram que execram a alimentação que tem gosto insípido e frequentemente lhes chega estragada. Os homens enfatizaram que: a comida é ruim, não tem variedade e às vezes estão azeda e misturada com bichos mortos, moscas, baratas e cabelo. Também se queixam de que a última refeição é servida às três horas da tarde, deixando a todos, o resto do tempo, com muita fome. É importante ressaltar que as refeições servidas aos presos, na própria cela, são elaboradas por empresas especializadas e entregues condicionadas em marmitas descartáveis de alumínio. Várias pessoas que têm problemas de saúde disseram não serem atendidas em suas dietas. Em síntese, em todas as unidades, a alimentação foi mal avaliada pela repetição, baixa qualidade, por conter muitos produtos industrializados e ser pouco saudável. Também o precário abastecimento ou mesmo a falta de água e a rotina de servirem a refeição dentro das celas – o que atrai insetos – foram ressaltadas para qualificar a insalubridade do

---

<sup>23</sup> **MEDIDAS QUE O STF DETERMINOU AO CNJ** A fim de tentar minimizar os problemas acima expostos e conseguir implementar as teses que foram definidas, o STF determinou que o CNJ apresente: i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; iv) relatório, que deverá avaliar (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do FUNPEN; (d) a adoção de melhorias Súmula vinculante 56-STF – Márcio André Lopes Cavalcante | 6 da administração judiciária ligada à execução penal. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2016/08/sv-56.pdf>>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.

<sup>24</sup> **Para auxiliar no treinamento e conhecimento do SIPEN a SEAP/RJ está promovendo em 2016 o Curso de Inteligência Penitenciária, regulamentado através da Resolução SEAP/RJ 601/2016.** Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/2784355/DLFE-85110.pdf/RESOLUCAOSEAPN601DE22DEFEVEREIRODE2016APROVAOPLANODEENSINODEINTELEGENCIA2016.pdf>>. Acesso em: 22 de agosto de 2017.

ambiente. Tudo isso leva os presos a se sentirem dolorosamente empobrecidos e humilhados.<sup>25</sup>

Complementando a Resolução 02, o CNPCP em 2016 publicou a Resolução 03, mais precisamente em 24/06/2016<sup>26</sup>, que dispõe sobre os indicativos estatísticos mínimos para subsidiar a alimentação dos presos de acordo com o Cadastro Único de Pessoas Privadas de Liberdade da Unidade Penal. Em 2016, a SEAP/RJ, responsável pela Unidade Prisional ao qual o NUSPEN/DPGERJ está solicitando providências do Estado, em cumprimento a decisão judicial proferida na Audiência Especial para apreciação de liminar, ocorrida no TJ/RJ na 6ª Câmara Cível, em 24/02/2016, em que deliberou o Exmo. Sr. Des., Rel. do Agr. Inst. nº 0002888-78.2016.8.19.0000, publicou a Resolução SEAP/RJ 610, que disciplina a entrada de alimentos e objetos que entram nas Unidades Prisionais pelos familiares e amigos(as), ou seja, pelas pessoas que vão visitar a pessoa presa.<sup>27</sup> Pois cabe salientar que há dois tipos de alimentação no RJ: que adentram as Unidades Prisionais para os apenados: a fornecida pelo Estado e as oriundas dos visitantes doravante “sucatas”.<sup>28</sup>

A responsabilidade do Estado brasileiro também é estendida no caso dos presos que são “Grevistas de fome”, pois o direito a não se alimentar como manifestação de protesto é um direito da pessoa privada de liberdade prevista na Declaração de Malta que versa sobre a Greve de Fome de 1992, cujo conceito e regulamento estão previstos na Resolução 04/2005 do CNPCPC: “O grevista de fome é uma pessoa mentalmente capaz que decidiu entrar em uma greve de fome e recusou tomar líquidos e/ou alimentos por um intervalo significativo.”<sup>29</sup> É como diz GIAZZI (2007):<sup>30</sup>

*Se não houver uma forma segura de gerenciamento da crise em questão e o grevista ficar impossibilitado de tomar decisão incólume ou entrar em estado de coma, o médico estará livre para proceder de forma a salvar a vida do preso, que é*

---

<sup>25</sup> **Condições de Saúde dos Presos do Estado do Rio de Janeiro.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n7/1413-8123-csc-21-07-2031.pdf>> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

<sup>26</sup> BRASIL. **Resolução CNPCP 03/2016.** Disponível em: <[http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Resolucao\\_CNPCP/Resolucao\\_03\\_2016.pdf](http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Resolucao_CNPCP/Resolucao_03_2016.pdf)> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

<sup>27</sup> BRASIL. **Resolução SEAP/RJ 610/ 2016.** Disciplina a entrada de alimentos e objetos trazidos pelos familiares e por via postal nas visitas as unidades prisionais. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/2784355/DLFE-85120.pdf/RESOLUCAOSEAPN610DE18DEMARCODE2016DISCIPLINAENTRADAALIMENTOSEOBJETOS.pdf>> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

<sup>28</sup> **Revista Sociologia e Antropologia.** Disponível em: [http://revistappgsa.ifcs.ufrj.br/wp-content/uploads/2015/05/13-ano03n06\\_thais-lemos-duarte.pdf](http://revistappgsa.ifcs.ufrj.br/wp-content/uploads/2015/05/13-ano03n06_thais-lemos-duarte.pdf). > Acesso em: 28 de agosto de 2017.

<sup>29</sup> BRASIL. **Resolução CNPCP 04/2005:** Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/n4de23nov2005.pdf>> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

<sup>30</sup> GIAZZI, Maira Carneiro Gomes. **A Greve de Fome nas Prisões - Posição das Autoridades à Luz das Garantias Constitucionais.** Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2007-jan-27/vida\\_bem\\_maior\\_direito\\_protestar](http://www.conjur.com.br/2007-jan-27/vida_bem_maior_direito_protestar)>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.

*seu paciente, sempre levando em conta as decisões do grevista sobre informação aos familiares. Quando não se respeita as expressões e protestos de um preso, que muitas vezes apresenta fundamento eficaz para o pleito e que ainda assim é prejudicado pela morosidade da justiça e do sistema penitenciário como um todo, o Estado apresenta um sistema incapaz de proporcionar a logística das características e funções da pena.*

Mas esse direito tem limite, segundo WEISS (2017): “A decisão de não comer tem de ser reafirmada dia a dia. Quando o preso perde condições psicológicas ou físicas de manifestar sua vontade, ele pode ter revisto essa decisão de manter a greve de fome, mas não conseguir expressar.”<sup>31</sup>

Portanto, o Estado deve ter certo cuidado, sendo para isso de suma importância as recomendações previstas neste Regulamento do CNPCP, pois segundo Renan da Cunha Motta, há um limite entre o respeito/violação do direito do apenado em fazer greve de fome e a alimentação forçada, pois há uma linha muito tênue entre praticar a alimentação forçada e a tortura, que tem como base o caso *Guantánamo versus DHIAB versus Obama*, que trata dos presos que foram forçados a se alimentar estando em uma greve de fome, sendo esta prática condenada inclusive pelo Comitê Nacional da Cruz Vermelha e pela Anistia Internacional<sup>32</sup>:

*A alimentação forçada, por sua vez, pode ocorrer de duas maneiras. Silver (2005, p. 637, tradução nossa) explica que a mais comum é através da sonda nasogástrica, “[...] realizada com a inserção de uma sonda flexível por uma das narinas, passando pelo esôfago, e chegando ao estômago”. Complementa mencionando que “[...] esse processo pode ser tanto doloroso quanto perigoso. [...] A alimentação via sonda também é problemática dada à frequência com a qual ocorre”, geralmente, três vezes ao dia, ao substituir as principais refeições, sem mencionar a possibilidade de má inserção, atingindo até mesmo o pulmão, em vez dos órgãos gástricos. Outra forma de alimentação forçada, porém um pouco menos comum, é o tratamento intravenoso, realizado quando a alimentação enteral (por sonda) não é possível. Nesse caso, são inseridos nutrientes na veia do indivíduo, através de sedação para que não haja obstrução do procedimento com a retirada das agulhas e a consequente grave perda de sangue, o que poderia ser fatal em poucos minutos. Há de se lembrar, nesse contexto, do alto risco de infecção da alimentação intravenosa (SILVER, 2005).(....)*

Logo observamos que devemos ter cuidados com os apenados no que tange ao modo de inserção forçada da alimentação durante o período em que os mesmos se encontram em

---

<sup>31</sup>GIAZZI, Maira Carneiro Gomes. **A Greve de Fome nas Prisões - Posição das Autoridades à Luz das Garantias Constitucionais.** *Op. Cit.*

<sup>32</sup> GIAZZI, Maira Carneiro Gomes. **A Greve de Fome nas Prisões - Posição das Autoridades à Luz das Garantias Constitucionais.** Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2007-jan-27/vida\\_bem\\_maior\\_direito\\_protestar](http://www.conjur.com.br/2007-jan-27/vida_bem_maior_direito_protestar)>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.

greve de fome para não ocasionar lesões mais serias em sua saúde em casos mais graves gerar a morte<sup>33</sup>:

*(...) O CICV se opõe à alimentação ou ao tratamento forçados; é essencial que as escolhas dos detidos sejam respeitadas e que a dignidade humana seja preservada. A posição do CICV com respeito a esse assunto corresponde ao que foi determinado pela Associação Médica Mundial nas Declarações de Malta e de Tóquio, ambas revisadas em 2006 (CICV, acesso em 23 dez. 2013, grifo nosso).(...) A alimentação forçada em grevistas de fome mentalmente capazes não é apenas contrária à ética médica, mas também uma violação ao direito de liberdade de expressão que possuem. Consequentemente, a alimentação forçada jamais deve ser utilizada como uma ferramenta de repressão ou um meio de interromper a greve de fome e impedir o direito de protesto pacífico de um detento. Ademais, a alimentação forçada é equivalente a um tratamento cruel, desumano e degradante, e em algumas circunstâncias à tortura, em expressa violação ao direito internacional, quando realizado intencionalmente de modo a causar dor e sofrimento desnecessários..*

### 2.1.3 Base jurídico-doutrinária para fundamentação do pedido sobre saúde e assistência sanitária das pessoas privadas de liberdade

Devemos compreender o conceito de saúde das pessoas privadas de liberdade de uma forma ampla e tendo como base a Carta Magna, que trata o acesso à saúde como um meio de melhores condições de saúde física e psicológica, incluindo para tanto o direito a uma alimentação adequada, ao trabalho, habitação, educação, renda, meio ambiente, transporte, lazer, emprego e liberdade – esta encontrada temporariamente restrita devido à peculiaridade que se encontram os presos. Relacionando estes com a superlotação, como bem explicitam as responsáveis pelo Departamento de Estudos sobre Violência e Saúde Jorge Careli da Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca – ENSP/FIOCRUZ <sup>34</sup>:

*Os resultados mostram que os presos são jovens (média de 30 anos), pobres, em maioria de cor preta e parda (70,5%), têm baixa escolaridade (só 1,5% deles têm curso superior) e cumprem menos de quatro anos de pena. Dos problemas que afetam indiretamente sua saúde ressaltam-se: superlotação (1,39 presos para uma vaga), ócio (só 4,4% trabalham), escassez de perspectivas, maus tratos e relacionamentos conflituosos. Entre os problemas de saúde física destacam-se: os osteomusculares, como dores no pescoço, costas e coluna (76,7%), luxação de articulação (28,2%), bursite (22,9%), dor ciática (22,1%), artrite (15,9%), fratura óssea (15,3%), problemas de ossos e cartilagens (12,5%) e de músculos e tendões (15,7%); os do aparelho respiratório, como sinusite (55,6%), rinite alérgica (47%), bronquite crônica (15,6%),*

---

<sup>33</sup> GIAZZI, Maira Carneiro Gomes. **A Greve de Fome nas Prisões - Posição das Autoridades à Luz das Garantias Constitucionais**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2007-jan-27/vida\\_bem\\_maior\\_direito\\_protestar](http://www.conjur.com.br/2007-jan-27/vida_bem_maior_direito_protestar)>. *Op. Cit.*

<sup>34</sup> **Condições de Saúde dos Presos do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n7/1413-8123-csc-21-07-2031.pdf>> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

*tuberculose (4,7%) e outras (11,9%); e doenças de pele. Apesar dos dispositivos legais que incluem o cuidado com a saúde prisional entre as atribuições do SUS os serviços são escassos e ineficientes e uma das maiores causas de insatisfação dos presos.*

### 2.1.3.1 Base jurídico-doutrinária para fundamentação do pedido sobre saúde física das pessoas privadas de liberdade

Para adentrarmos no direito ao acesso das pessoas privadas de liberdade à saúde quando se encontram em privação de liberdade, precisamos destacar a Política Pública específica. Criado pelo Ministério da Saúde, o Plano Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional, doravante “PINASP”<sup>35</sup> de 2014 através da Portaria Interministerial 01, após esgotamento do modelo anterior – Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, doravante “PNSSP”, uma vez que este último não contemplava totalmente o sistema carcerário, ou seja, não incluía delegacias, distritos policiais, cadeias, colônias agrícolas e/ou industriais e penitenciárias de âmbito federal.

O PINASP<sup>36</sup> tem como objetivo a ampliação das ações do Sistema Único de Saúde – SUS as pessoas que estão acauteladas pelo Estado, sendo cada local destinado à saúde na Unidade Prisional fosse vinculado a Rede de Atenção à Saúde e tem como complementação o Serviço de Avaliação e Acompanhamento das Medidas Terapêuticas Aplicadas à Pessoa com Transtorno Mental em Conflito com a Lei (EAP), criado a partir da Portaria GM/MS nº 94/2014, que trata das pessoas em cumprimento de medida terapêuticas. Esse Plano inclui também a assistência farmacêutica, criado através da Portaria GM/MS 2765/2014. No Brasil, aderiram ao PINASP 25 (vinte e cinco) Estados e 273 (duzentos e setenta e três) Municípios em todo território nacional.

Já no Estado do RJ, o PINASP foi implementado através da Portaria 2275/2014 e o único município, segundo os dados obtidos que aderiu ao mesmo até a presente data é o de São Gonçalo/RJ, através da Portaria 155/2016. Segue abaixo os números referentes à População Prisional de Referência para Transferências Financeiras de recursos relacionados à saúde a 2016 do RJ, tendo como base comparativa a população carioca/fluminense obtida através dos dados do IBGE em comparação a população prisional de cada município do RJ <sup>37</sup>:

UF	CIDADE	IBGE	População Prisional por Município
RJ	ITAPERUNA	3302205	860

<sup>35</sup> PNAISP. Disponível em: <<http://dab.saude.gov.br/portaldab/pnaisp.php>> Acesso em: 18 de junho de 2017.

<sup>36</sup> PNAISP. Disponível em: <<http://dab.saude.gov.br/portaldab/pnaisp.php>> Acesso em: 18 de junho de 2017.

<sup>37</sup> Os dados acima são de autoria do Conselho Nacional de Justiça (Geopresídios). Destaca-se que para fins de transferência financeira, a população prisional dos municípios São Joaquim (SC), São Pedro de Alcântara (SC) e Cariri do Tocantins (TO) foram contabilizados pelo Sistema de Informações do Ministério da Justiça (INFOPEN). Tal fato ocorreu por ausência de registro da população prisional no Geopresídios para esses municípios. PNAISP. Disponível em: <<http://dab.saude.gov.br/portaldab/pnaisp.php>> Acesso em: 18 de junho de 2017.

RJ	JAPERI	3302270	6308
RJ	MAGE	3302502	2005
RJ	NITEROI	3303302	1524
RJ	RIO DE JANEIRO	3304557	31992
RJ	SAO GONCALO	3304904	2747
RJ	VOLTA REDONDA	3306305	292

### 2.1.3.2 Base jurídico-doutrinária para fundamentação do pedido sobre saúde mental das pessoas privadas de liberdade

Há a preocupação também com a saúde mental do preso no que tange o direito a atividade física que compreende a prática de exercícios físicos e esporte, preconizado no item 22 do Comitê de Direitos Humanos. Além disso, o contato com o mundo exterior também é fundamental, onde prevê o direito a visitação ou contato com os mesmos por correspondência de seus familiares, pessoa amiga, advogados públicos (defensores) e/ou privados. Há também a corrente que defenda o uso de comunicação telefônica, conforme disposto no art. 22 do Comitê de Direitos Humanos. No caso da condução do apenado, conforme tratado na Súmula Vinculante do STF<sup>38</sup> no. 11, o uso excepcional de algemas.

### 2.1.3.3 Base jurídico-doutrinária para fundamentação do pedido sobre assistência sanitária das pessoas privadas de liberdade

Cabe salientar que devemos interpretar o conceito de saúde de forma ampla a abarcar a higiene pessoal e do ambiente prisional, incluindo saneamento básico. Diante do exposto, em conformidade com esse pensamento, o CNPCP publicou a Resolução 05 de 2012<sup>39</sup>, que dispõe sobre as regras mínimas em caráter recomendativo às Secretarias de Estado e ao DEPEN, para a destinação do lixo de estabelecimentos penais, como estratégia para a melhoria da qualidade

<sup>38</sup> Súmula Vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal - STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319993>> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

<sup>39</sup> BRASIL. Resolução CNPCP 05/2012. <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-5-de-28-de-junho-de-2012.pdf>> Acesso em: 18 de ago de 2017.

de vida e da saúde no sistema prisional não só para a pessoa privada de liberdade como também para os que lá trabalham/transitam:

*Art. 1º. Recomendar ao DEPEN e às Secretarias de Estado responsáveis pela gestão do sistema prisional a criação de programas específicos sobre a destinação do lixo, visando a melhoria da qualidade de vida, da saúde e a sustentabilidade no âmbito do sistema prisional, devendo ser adotado o Regulamento anexo para sua implementação. Art. 2º. Recomendar aos diretores de estabelecimentos prisionais (penitenciárias, presídios, cadeias públicas, delegacias, ou similares), destinados à custódia de presos definitivos ou provisórios, que, ante inexistência de programa específico sobre a destinação do lixo na unidade a ser promovido por órgão a que está vinculado, implemente o Regulamento em anexo. Art. 3º. Recomendar aos órgãos indicados no art. 1º ou aos diretores de estabelecimentos prisionais que na implementação do programa de destinação do lixo sempre contemple a participação de órgãos ambientais no âmbito da União, Estados e Municípios. Art. 4º. A implementação dos programas de destinação do lixo deverão ser precedidos de comunicação formal ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil.*

### 3. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA FRENTE AOS ÓRGÃOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

De acordo com o art. 5º., LXXIV da CRFB/88, a Defensoria Pública deverá ser tratada como uma instituição permanente ao cuidar da proteção dos direitos humanos, ampliando o acesso a justiça, conforme disposto nas 100 Regras de Brasília sobre o acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Segundo MAZZUOLI (2015):<sup>40</sup>

*A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).*

No que tange a Defensoria Pública ser considerada o instrumento do regime democrático é ter o reconhecimento Constitucionalmente, através do Congresso Nacional e o legislador, ou seja, é reconhecer que a mesma é um braço político, pois é um dos órgãos que compõe o sistema de justiça, fortalecendo o poder judiciário.

---

<sup>40</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. Editora Método. 2ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Método. 2015.

Como promotora de direitos humanos, a Defensoria Pública está agora vinculada constitucionalmente a essa garantia e a promoção de direitos como um instrumento denominado “interpretação internacionalista dos direitos humanos”, trazendo para aplicação interna da nossa Carta Magna a interpretação conforme as normas internacionais de direitos humanos. A importância da Defensoria Pública é também elucidada no PNPCP 2015-2019, em sua medida 10 na execução penal<sup>41</sup>:

*Detalhamento: Ainda há Estados no País em que a Defensoria Pública tem quadros de pessoal muito aquém do necessário. A maioria dos presos brasileiros é pobre, e sem a Defensoria Pública plenamente instalada não tem direito à defesa ou ao acompanhamento na fase da execução penal. As conseqüências são inúmeras. Evidências: 23% das unidades prisionais informaram não ter assistência jurídica gratuita sistemática (INFOPEN/2014). 72% das comarcas brasileiras não tem defensores públicos<sup>6</sup>. Observa-se também: Demandas: a) Promover a adequada estruturação das defensorias públicas; b) Garantir a presença dos defensores nas delegacias e unidades prisionais, assim como reforçar a obrigatoriedade da sua visita nas unidades; c) Fomentar a criação de centrais da defensoria pública de assistência a presos provisórios, sentenciados e de programas de inspeção nas unidades prisionais; d) Na implantação da Emenda Constitucional nº 80/2014, priorizar a atuação de defensores públicos na área criminal e de execução penal. Impactos: a) Acesso à justiça; b) Combate à seletividade penal do sistema de justiça criminal; c) Redução da violência, tortura, tensões e corrupção no ambiente prisional; d) Efetivação do direito à duração razoável do processo.*

Conforme disposto no art. 4º. da LC 80/1994, doravante “Lei Orgânica da Defensoria Pública, este artigo foi alterado e acrescido pela LC 132/2009, onde houve uma ampliação da Defensoria no que diz respeito ao acesso a justiça principalmente dos presos que tem agora na figura do Defensor Público Interamericano seu representante frente a violação dos direitos humanos.

Como diz LEITE (2016), a Defensoria atua em prol das pessoas mais pobres denominadas tecnicamente de “hipossuficientes”, onde é mais propensa a violação de direitos humanos, principalmente as que se encontram privadas de sua liberdade, sendo muitas vezes vítimas de torturas e maus tratos.<sup>42</sup> Esse pensamento é corroborado no PNPCP de 2015/2019, na medida 07 que dispõe sobre a vulnerabilidade dos mais pobres frente ao poder punitivo Estatal:

---

<sup>41</sup>**Plano Nacional de Política Criminal 2015-2019.** Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>> Acesso em: 18 de ago de 2016.

<sup>42</sup> **Da Defensoria Pública na Promoção e Defesa dos Direitos Humanos.** Disponível em: <[305](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:X98zh7HSJG0J:www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4911/30_DA_DEFENSORIA_PUBLICA_NA_PROMO_O_E_DEFESA_DOS_DIREITOS_HUMANOS_E_O_SISTEMA_INTERAMERICANO_DE_DIREITOS_HUMANOS_-_Antonio_Maffezoli.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br.></a>> Acesso em: 17 de agosto de 2017.</p></div><div data-bbox=)

*Detalhamento: A concentração da população carcerária entre as pessoas de baixa renda é uma característica que se perpetua no sistema punitivo brasileiro. Os mecanismos de seleção dos processos de criminalização, desde a elaboração de leis até a atuação da polícia e do sistema de justiça, são influenciados por estereótipos e padrões que favorecem a inclusão de pessoas pobres no sistema carcerário. É necessário reconhecer a maior vulnerabilidade das pessoas de baixa renda ao poder punitivo e enfrentar as razões que levam a esse quadro. Evidências: Oito em cada dez pessoas presas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental, enquanto a média nacional de pessoas que não frequentaram o ensino fundamental ou o têm incompleto é de 50% (INFOPEN, 2014). a) Sistema carcerário quase exclusivamente composto por pessoas de baixa renda; b) Descontrole e irracionalidade do uso do sistema penal; c) Maior vulnerabilidade de pessoas de baixa renda aos processos de criminalização.<sup>43</sup>*

Um exemplo de atuação da Defensoria em atuação internacional em prol das pessoas privadas de liberdade ocorreu em 2015 quando a Defensoria Pública de São Paulo – DP/SP, através do Núcleo de Situação Carcerária e do Núcleo do Idoso e da Pessoa com Deficiência juntamente com a DPU/SP, enviaram ao Comitê das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas – ONU um ofício informando que os locais de privação de liberdade no Estado brasileiro não possuíam condições de receber as pessoas com deficiência.

Isso porque as unidades não possuíam mecanismos de como alocar essas pessoas de modo a garantir sua acessibilidade. Para isso solicitaram a intervenção da ONU e da referida Comissão para que haja uma adequação nas unidades em conformidade com o estabelecido na referida Convenção.

Caso não estas não apresentem condições, que as pessoas com deficiência tenham sua pena privativa de liberdade substituída por prisão domiciliar ou a aplicação de um indulto humanitário.<sup>44</sup> Sobre o último relatório da ONU, esta Organização fez as seguintes recomendações ao Estado brasileiro:

O relator especial sugeriu que o governo brasileiro tome passos decisivos para a aplicação efetiva da legislação já existente no país para a prevenção e combate à tortura e maus-tratos nas prisões brasileiras. Recomendou o uso mais efetivo dos poderes garantidos ao governo federal para acusar autoridades estaduais e federais que violem os direitos dos presos, e condicionar o financiamento federal aos Estados ao cumprimento dessas leis. Além disso, sugeriu a introdução de medidas efetivas de combate à superlotação, entre elas uma reforma nas leis de tráfico de entorpecentes com o desenvolvimento de padrões efetivos para determinar a posse

---

<sup>43</sup> **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária 2015.** Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnppc-1/imagens-cnppc/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

<sup>44</sup> **Defensoria Pública de SP e da União sugerem à ONU recomendações acerca da falta de acessibilidade nas prisões brasileiras.** Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=61111&idPagina=1&flaDestaque=V>> Acesso em: 17 de agosto de 2017.

de drogas com base em quantidades fixas. Outra sugestão foi o estabelecimento de meios efetivos para monitorar e punir o uso abusivo da força por parte das forças policiais, além de abolir as revistas vexatórias nos presídios e garantir que as violações cometidas por agentes militares sejam julgadas por cortes criminais civis.<sup>45</sup>

### 3.1 Participações de diversos atores na comissão e na corte interamericana de direitos humanos em prol dos direitos dos presos

Conforme acervado anteriormente a Defensoria Pública é um dos que podem peticionar representando os direitos das pessoas privadas de liberdade. Um exemplo de atuação é como Defensor Interamericano de Direitos Humanos, graças às tratativas da AIDEF com a CIDH/OEA onde estabeleceu um convênio para promover a defesa pública no sistema interamericano para as vítimas hipossuficientes com casos na CIDH/OEA.<sup>46,47</sup>

Mas a Defensoria não é o único órgão. Conforme disposto no art. 23.1 do Regulamento da CIDH: “Depois de admitida a demanda, as supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes devidamente acreditados poderão apresentar suas petições, argumentos e provas de forma autônoma durante todo o processo”.

Conforme disposto no art. 2º, 1, 2 e 3 que define as funções conforme a participação das pessoas na Corte, temos o denominado “agente” que é o representante na Corte e temos o “agente assistente” que é a pessoa designada pelo Estado para dar assistência ao agente; temos também a figura do *amicus curie* que é a instituição ou pessoa designada que é parte interessada (não incluída no processo), que tem como função apresentar argumentos dos fatos apresentados, colaborando com os mesmo, através da elaboração de um documento/parecer ou durante a realização de uma audiência.<sup>48</sup>

No caso em questão, o NUSPEN/DPGERJ foi criado a partir do Decreto Estadual 25535/1999 e regulamentado pela Resolução Conjunta 01/1999, da Secretaria de Estado de Justiça e da DPGE/RJ, onde os Defensores que lá atuam atendem os familiares e amigos dos presos e dentro das Unidades Prisionais do Estado do RJ, cabendo à Coordenação do órgão transformar demandas individuais em tutelas coletivas, com respeito a autonomia funcional.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> **Relator da ONU condena prática de tortura e racismo institucional nos presídios brasileiros.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/relator-da-onu-condena-pratica-de-tortura-e-racismo-institucional-nos-presidios-brasileiros/>> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

<sup>46</sup> Res. AG/RES.2656 (XLI-0/11), de 07 de julho de 2011.

<sup>47</sup> **Da Defensoria Pública na Promoção e Defesa dos Direitos Humanos.** Disponível em: <[<sup>48</sup> \*\*Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.\*\* Disponível em: <\[file:///C:/Users/Owner/Downloads/regulamento\\\_da\\\_corte\\\_interamericana\\\_de\\\_direitos\\\_humanos.pdf\]\(file:///C:/Users/Owner/Downloads/regulamento\_da\_corte\_interamericana\_de\_direitos\_humanos.pdf\)> Acesso em: 17 de agosto de 2017.](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:X98zh7HSJG0J:www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4911/30_DA_DEFENSORIA_PUBLICA_NA_PROMO_O_E_DEFESA_DOS_DIREITOS_HUMANOS_E_O_SISTEMA_INTERAMERICANO_DE_DIREITOS_HUMANOS_-_Antonio_Maffezoli.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br.></a>> Acesso em: 17 de agosto de 2017.</p></div><div data-bbox=)

<sup>49</sup> **Ideias para a construção de uma Execução Penal democrática no. 01: 10 anos NUSPEN/DPGERJ.** 1ª Edição 2010.

#### 4. O PAPEL DA CORTE E DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS FRENTE DIANTE DE DENÚNCIAS DE PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE

Assim como ocorreu no RJ, ou seja, no caso em análise, a Corte havia decidido de forma similar em 2013, na Medida Cautelar no. 8-13 das pessoas privadas de liberdade no “Presídio Central em Porto Alegre/RS” *versus* Brasil, onde observamos o mesmo tratamento da CIDH frente a uma denúncia em prol de melhores condições das pessoas privadas de liberdade frente a superlotação, maus tratos, falta de higiene e condições de saúde (insalubres), ou seja, diante de graves violações de direitos humanos. Primeiramente cabe salientar que o papel da Corte, conforme disposto no artigo 25:

*Medidas cautelares. Com fundamento nos artigos 106 da Carta da Organização dos Estados Americanos, 41.b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 18.b do Estatuto da Comissão e XIII da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido de parte, solicitar que um Estado adote medidas cautelares. Essas medidas, tenham elas ou não conexão com uma petição ou caso, deverão estar relacionadas a situações de gravidade e urgência que apresentem risco de dano irreparável às pessoas ou ao objeto de uma petição ou caso pendente nos órgãos do Sistema Interamericano. 2. Nas tomadas de decisão a que se refere o parágrafo 1, a Comissão considerará que: a. “gravidade da situação” significa o sério impacto que uma ação ou omissão pode ter sobre um direito protegido ou sobre o efeito eventual de uma decisão pendente em um caso ou petição nos órgãos do Sistema Interamericano; b. a “urgência da situação” é determinada pelas informações que indicam que o risco ou a ameaça são iminentes e podem materializar-se, requerendo dessa maneira ação preventiva ou tutelar; e c. “dano irreparável” significa os efeitos sobre direitos que, por sua natureza, não são suscetíveis de reparação, restauração ou indenização adequada. 3. As medidas cautelares poderão proteger pessoas ou grupos de pessoas, sempre que o beneficiário ou os beneficiários puderem ser identificados ou forem identificáveis por sua localização geográfica ou seu pertencimento ou vínculo a um grupo, povo, comunidade ou organização.<sup>50</sup>*

Isso significa dizer que diante de uma solicitação feita por órgãos a Comissão e a Corte possuem uma dupla responsabilidade em prol da garantia das pessoas privadas de liberdade, buscando assegurar sua saúde psicossocial e física.

Verificamos com isso que a atuação de ambas neste caso é de caráter preventivo, evitando danos mais graves dos que já expostos devido a insalubridade do local em que se encontram, visando dirimir danos de difícil reparação; já o cautelar é de preservação da situação jurídica e fática enquanto estiverem sendo apurados os fatos, quando diante do

---

<sup>50</sup> Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/RegulamentoCIDH2013.pdf>> Acesso em: 17 de agosto de 2017.

recebimento da denúncia feita pelo órgão – no caso NUSPEN/DPGERJ, para que ao final do caso o Estado possa cumprir a determinação de forma eficaz.

## 5. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO FRENTE ÀS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS OCORRIDAS NA UNIDADE PRISIONAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO

Diante do exposto em relações as condições de tratamento verificadas na Unidade Prisional Plácido de Sá Carvalho, indagamos: em se tratando de pessoas privadas de liberdade sob a exigência e cautela do Estado, quais são as implicações que o mesmo poderá sofrer diante dessas violações?

De acordo com o princípio implícito e constitucional da co-culpabilidade do Estado, como conceitua JUNIOR (2015): é um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também, no processo penal.” De acordo com a obra anteriormente citada em relação a esse princípio, as legislações de outros países tratam:<sup>51</sup>

Na Argentina o co-culpabilidade é aplicada brilhantemente para atenuar ou agravar a pena do cidadão, tendo em vista que lá a pessoa que teve as melhores oportunidades de vida, instrução, cultura, etc para seguir os ditames da lei e a viola, tem sua pena agravada em razão desta circunstância, pois deste cidadão se exigiu um conduta irreprochável perante o direito, já com relação aquele cidadão que se encontra a margem da sociedade, o Estado afere sua responsabilidade e impõe uma reprimenda mais branda em razão de reconhecer a sua falha com o cidadão. (...) Já na Bolívia o princípio da co-culpabilidade é utilizado como uma circunstância judicial para aferir a personalidade do agente. Desse modo, quando ficar configurado que o cidadão cometeu o crime pela sua condição de miserabilidade será aplicada um atenuante genérica. Já no Ordenamento Jurídico da República Colombiana o princípio da co-culpabilidade tem grande significado, pois além de permitir que a pena seja atenuada nos casos que envolve cidadão à 20 margem da lei, em determinadas situação excepcionálissimas permite, inclusive, a exclusão da responsabilidade do cidadão quando a prática do crime contra o patrimônio seja inferir a sexta parte do salário mínimo Colombiano, conforme assevera o artigo 56 do Código Penal Colombiano. No Equador, o princípio da co-culpabilidade somente tem aplicação nos

---

<sup>51</sup> JUNIOR, Joaquim Fernandes de Moura. **O princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2012/trabalhos\\_22012/JoaquimFernandesMouraJR.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/JoaquimFernandesMouraJR.pdf). Acesso em: 28 de agosto de 2017.

crimes contra a propriedade, sendo utilizada também como atenuante da pena, na forma do artigo 29, inciso 11 do Código Penal do Equador. No México o princípio da co-culpabilidade é aplicado como circunstância judicial, sendo analisada na primeira fase da aplicação da pena, quando fixará a pena base do agente, levando em consideração fatores como idade, educação, instrução, costumes e condições sociais e econômica do criminalizado, na forma do artigo 52, inciso V do Código Penal Mexicano. A grande distinção da aplicação do princípio neste país é a aplicação também nas medidas de segurança, fato peculiar desta nação, tendo em vista que geralmente nas medidas de segurança não se analisam as causas agravantes e atenuantes, mas sim a necessidade da medida, em razão da falta de discernimento do indivíduo, aplicando o critério psicológico. Na República do Peru o princípio da co-culpabilidade é um pressuposto para fundamentar e determinar a pena, levando em consideração principalmente a carência social do agente, como forma de aplicação de uma pena justa, eis o artigo 45, alínea 1 do Código Penal Peruano.

Mesmo que as mortes ocorridas dentro do estabelecimento prisional elucidado fossem decorrentes de suicídio, como trata o entendimento jurisprudencial do STF, o Estado responde objetivamente pelo ocorrido no interior do estabelecimento prisional, devendo indenizar os familiares, pois entendem nesse caso que trata-se de uma responsabilidade objetiva, não havendo como mencionar culpa exclusiva da vítima, não podendo afastar assim o nexo causal, como salienta o Exmo. Sr. Dr. Min. Gilmar Mendes no ARE 700927 de 2012:

O Estado tem o dever objetivo de zelar pela integridade física e moral do preso sob sua custódia, atraindo, então, a responsabilidade civil objetiva, em razão de sua conduta omissiva, motivo pelo qual é devida a indenização decorrente da morte do detento, ainda que em caso de suicídio.”<sup>52 53</sup>

Um pedido similar foi deferido recentemente – 01/08/2016 de um pedido realizado pela DP/SP em prol dos internos da Unidade doravante “Centro da Fundação Casa” a CIDH. A Comissão concedeu em sede de cautelar, medidas de melhoria das unidades socioeducativas em prol dos adolescentes de modo a garantir melhores condições físicas e de tratamento – em caráter preventivo (não a “pena” de isolamento) e fornecimento de tratamento médico e ambulatorial, dentre outras medidas solicitadas pela DP/SP:

A violência parece ser uma prática institucionalizada na Casa Cedro e a tortura empregada como forma de ‘disciplinar’ os adolescentes e jovens que lá estão. (...) Diversos relatos dão conta de que há convivência e até mesmo participação da

---

<sup>52</sup> **Dizer o Direito: Responsabilidade Civil do Estado.** Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2013/07/responsabilidade-civil-do-estado-em.html>> Acesso em: 17 de agosto de 2017.

<sup>53</sup> **APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ESTADO. SUICÍDIO DE PRESO. OMISSÃO ESPECÍFICA. EVENTO PREVISÍVEL.** Restando devidamente demonstrado que o resultado danoso decorreu de conduta omissiva do serviço público ao deixar de vigiar preso, doente mental, com histórico de depressão e precedentes tentativas de suicídio. Caso em que o preso teve acesso a cordão utilizado na costura de bolas, e com ele se enforcou. Danos morais devidos à genitora, fixados com parcimônia em atenção aos comemorativos do caso. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 70051499283, Nona Câmara Cível, TJ/RS, Rel.Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 12/12/2012).

Direção do Centro nas agressões, indicando que além da impunidade, os sistemas de fiscalização e controle ou não podem, ou não querem adotar as medidas concretas efetivas para coibir e remediar tais práticas”.<sup>54</sup>

## 6. AVANÇOS E DESAFIOS

Estamos com grandes avanços sejam pela Defensoria Pública, seja pelo Ministério Público, pelo Tribunal de Justiça e demais órgãos do poder executivo, legislativo e judiciário no Estado do RJ em prol do processo de desencarceramento. Conforme descreve FOLEY (2015), o Ministério Público desde 1890<sup>55</sup> possui o papel fundamental de proteção aos “fracos e desprotegidos”, mais especificamente do que hoje denominamos “grupos vulneráveis”, tendo a função de monitoramento do sistema prisional, onde em 1938 o CPC/2015 tratou esse monitoramento no que tange o interesse público, conferindo-lhe maior atribuição principalmente em demandas de interesses individuais e coletivos – “metaindividuais” como garantidor dos Direitos do Cidadão, solidificada com o advento da CRFB/88, em seu artigo 127.<sup>56</sup> Sobre os demais funcionários públicos estes “são absolutamente proibidos de infligir, instigar ou tolerar a tortura ou outro tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante a qualquer pessoa. Uma ordem de um superior hierárquico ou de uma autoridade pública não pode ser invocada para justificar a tortura”.<sup>57</sup> Logo, como diz o CP/1940 no art. que trata do direito do preso: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.”<sup>58</sup>

No que tange a resposta do poder judiciário, em relação à superlotação, por exemplo, e as demais violações oriundas desta, o CNJ em maio deste ano solicitou a tradução e

---

<sup>54</sup> CIDH determina que Brasil assegure direitos humanos a adolescentes de unidade Fundação Casa. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/08/02/cidh-determina-que-brasil-assegure-direitos-humanos-a-adolescentes-de-unidade-da-fundacao-casa/>>. Acesso em: 17 de agosto de 2017.

<sup>55</sup> **Protegendo brasileiros contra tortura: Um manual para juízes, protetores e defensores públicos e advogados.** Disponível em: <<https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCEAP/Protegendo%20os%20Brasileiros%20contra%20Tortura.pdf>>. Acesso em: 28 de agosto de 2017.

<sup>56</sup> FOLEY, Conor. **Protegendo os brasileiros contra tortura: um manual para Juízes, Promotores, Defensores Públicos e Advogados.** Fonte: [http://www.oab.org.br/ari/pdf/manual\\_bar\\_online\\_final.pdf](http://www.oab.org.br/ari/pdf/manual_bar_online_final.pdf). Acesso em: 22 de agosto de 2017.

<sup>57</sup> Idem.

<sup>58</sup> BRASIL. **CÓDIGO PENAL – CP/1940.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 22 de agosto de 2017.

publicação das Regras de Mandela<sup>59</sup>, que estabelecem parâmetros institucionais e governamentais de gerência do sistema prisional brasileiro, dentre elas normas de higiene e saúde das pessoas privadas de liberdade, levando em consideração iluminação, ventilação, vestuário, roupa de cama, dentre outros. Corroborando com essa empreitada a SEAP/RJ lançou uma Resolução específica sobre o assunto, já citada anteriormente.

Observamos esse movimento pró-desencarceramento no âmbito interno através das legislações internacionais de Direitos Humanos em seus tratados, decretos e demais documentos, bem como nas próprias decisões sejam em caráter de liminar seja em caráter decisório das condenações do Estado brasileiro perante estes órgãos, não só no RJ, mas em todo território nacional, sendo um exemplo os avanços obtidos através das audiências de custódia, que deflagra a excepcionalidade das prisões provisórias, cuja base de adequação das normativas nacionais a internacionais é a do art. 287 do CPP/1941 e da Lei 12.403/2011 (que alterou o art. 319 do CPP/1941), interpretado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos – artigo 3º, pelo art. 7º. da CADH e art. 9º. do PIDCP<sup>6061</sup>, em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa. Especificamente no Estado do RJ o sistema de justiça vem atuando de forma a obter resultados satisfatórios também no

---

<sup>59</sup> Entre as regras de aplicação geral, está previsto que “nenhum preso deverá ser submetido à tortura ou tratamentos cruéis e desumanos”, e que “não haverá discriminação baseada em raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou qualquer outra opinião”. O documento também enfatiza a necessidade da separação de presos homens de mulheres, bem como dos jovens de adultos. Em relação às acomodações dos presos, as Regras de Mandela estabelecem que todos os ambientes de uso dos presos, inclusive as celas, devem satisfazer exigências de higiene e saúde, levando-se em conta as condições climáticas, a iluminação e a ventilação. Há previsão também em relação ao vestuário, roupas de cama, alimentação, exercício e esporte, bem como serviços de saúde que deverão estar à disposição dos presos. **Regras de Mandela**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cooperacao-internacional-2/traducao-regras-de-mandela-1.pdf>>. Acesso em: 28 de agosto de 2017.

<sup>60</sup> GARCIA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos**. Volume Único. 2ª Edição. Salvador, Bahia. Editora Juspodvim. 2015.

<sup>61</sup> Tanto que a em agosto de 2016, o Presidente da ANADEP – Associação Nacional dos Defensores Públicos e demais órgãos e associações se reuniram para discutir a audiência no âmbito da participação e da responsabilidade dos Defensores: “Segundo o presidente da ANADEP, a Audiência de Custódia é responsabilidade do Defensor Público. “A Audiência de Custódia é importante para que não ocorra equívocos durante uma prisão em flagrante, como a possibilidade de tortura, além de verificar a legitimidade da manutenção da prisão”. Essa pauta é da Defensoria Pública, afirma Joaquim Neto.” Fonte: **Site da Associação dos Defensores Públicos do Estado de Sergipe – ADPSE**. Disponível em: <<http://www.adpse.com.br/>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

combate a tortura.<sup>62</sup><sup>63</sup><sup>64</sup> Um exemplo é o PL do Senado 554/2011, transformado em Lei, que versa sobre a regulamentação da audiência de custódia em todo o país, com participação também de ONG's, dentre outros, com prestações informações pertinentes ao tema.<sup>65</sup> Este programa é utilizado para evitar alguns “erros judiciários”.<sup>67</sup>

Outro exemplo de atuação exitosa a fim de tentar solucionar o problema da superlotação, está na implementação pelo CNJ em maio deste ano solicitou a tradução e publicação das Regras de Mandela<sup>68</sup>, que estabelecem parâmetros institucionais e governamentais de gerência do sistema prisional brasileiro, dentre elas normas de higiene e saúde das pessoas privadas de liberdade, levando em consideração iluminação, ventilação, vestuário, roupa de cama, dentre outros. Corroborando com essa empreitada a SEAP/RJ lançou uma Resolução específica sobre o assunto, já citada anteriormente. Isso corrobora com a luta em prol da deficiência do sistema de justiça baseado no Relatório emitido pelo Relator Especial que trata da independência dos Juízes, onde foi identificados problemas no sistema de justiça,

---

<sup>62</sup> **Ato Normativo do TJRJ que estabelece critérios e procedimentos para prestar apoio e realizar a audiência de custódia.** Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3440833/RAD-CEAC-002-REV-0.pdf>. Acesso em: 22 de agosto de 2016.> Notícia correspondente: **TJRJ vai implantar a audiência de custódia no interior do Estado do RJ.** Disponível em: <<http://www.oabRJ.org.br/noticia/97598-tjrj-vai-implantar-audiencia-de-custodia-no-interior-do-estado>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

<sup>63</sup> **Relatório da DGERJ sobre o perfil dos réus atendidos na audiência de custódia.** Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/dd58e4893bff4e7bbe1d862c6f06805a.pdf>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

<sup>64</sup> **Notícia DPGE/RJ: Audiência de custódia solta 32% mais brancos que negros.** Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/2942-Audiencia-de-custodia-solta-32-mais-brancos-que-negros-e-pardos>> Acesso em: 27 de agosto de 2017.

<sup>65</sup> **Audiência de Custódia aponta quase 3 mil casos de tortura.** Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/audia-ncia-de-custa-dia-aponta-quase-3-mil-casos-de-tortura-revela-presidente-do-cnj/339475>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

<sup>66</sup> **Site Conectas Audiência de Custódia.** Disponível em: <[https://dl.dropboxusercontent.com/u/95227618/Conectas/CIDH\\_Audi%C3%AAncia\\_de\\_Cust%C3%B3dia\\_FINAL.pdf](https://dl.dropboxusercontent.com/u/95227618/Conectas/CIDH_Audi%C3%AAncia_de_Cust%C3%B3dia_FINAL.pdf)> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

<sup>67</sup> **Reportagem Jornal o Globo: as injustiças das justiças brasileiras.** Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/as-injusticas-da-justica-brasileira-18541969>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

<sup>68</sup> Entre as regras de aplicação geral, está previsto que “nenhum preso deverá ser submetido à tortura ou tratamentos cruéis e desumanos”, e que “não haverá discriminação baseada em raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou qualquer outra opinião”. O documento também enfatiza a necessidade da separação de presos homens de mulheres, bem como dos jovens de adultos. Em relação às acomodações dos presos, as Regras de Mandela estabelecem que todos os ambientes de uso dos presos, inclusive as celas, devem satisfazer exigências de higiene e saúde, levando-se em conta as condições climáticas, a iluminação e a ventilação. Há previsão também em relação ao vestuário, roupas de cama, alimentação, exercício e esporte, bem como serviços de saúde que deverão estar à disposição dos presos. **Regras de Mandela.** Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cooperacao-internacional-2/traducao-regras-de-mandela-1.pdf>>. Acesso em: 28 de agosto de 2017.

no que tange o acesso a justiça devido a morosidade, dentre outros, afetando a prestação jurisdicional, levando a incerteza e a impunidade.<sup>69</sup>

Ainda sobre o direito ao acesso a saúde no sistema prisional, o CNJ lançou o programa “Saúde Prisional” em 2016, que visa garantir o padrão de saúde e assistência social salubridade nas unidades prisionais, com definição de protocolos de atuação respeitando as peculiaridades como o tratamento diferenciado as pessoas usuárias de entorpecentes, em contribuição dos juízes da execução penal. Dentre o processo de triagem está o controle de entrada e saídas dos internos.<sup>70</sup> A SEAP/RJ também está auxiliando como, por exemplo: criação da Resolução que regulamenta a remissão de pena por leitura – Resolução SEAP/RJ 621/2016<sup>71</sup> e a 584/2015 que trata do direito a visitação dos presos.<sup>72</sup>

Mas conforme trata CARDOSO e outros (2013): “A responsabilidade internacional dos Estados por violação de um compromisso surge na esfera do direito internacional a partir do momento em que os direitos humanos se tornam universais e que emanam um dever de observância à todas as nações, o qual não é executado”.<sup>73</sup> Para isso uma das sugestões apresentadas pelo CNJ pensando na ressocialização dos internos é o lançamento de um programa para os egressos, fortalecendo a rede extramuros, denominada de “escritório social”.<sup>74</sup>

---

<sup>69</sup> FOLEY, Conor. **Protegendo os brasileiros contra tortura: um manual para Juízes, Promotores, Defensores Públicos e Advogados**. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/ari/pdf/manual\\_bar\\_online\\_final.pdf](http://www.oab.org.br/ari/pdf/manual_bar_online_final.pdf)> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

<sup>70</sup> **Programa de Saúde Prisional: Assistência à Saúde e Assistência Social no Sistema Prisional**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/f7cf2958bffb0b1fb5f31ac062cbb71.pdf>> Acesso em: 22 de ago de 2017. Notícia correspondente: **CNJ lança programa saúde prisional para garantir assistência básica às pessoas presas**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82726-cnj-lanca-saude-prisional-para-garantir-assistencia-basica-as-pessoas-presas>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

<sup>71</sup> BRASIL. **Resolução SEAP/RJ 621/2016**. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/2784355/DLFE-88415.pdf/RESOLUCAOSEAPN621DE01DEJULHODE2016REGULAMENTAEREMICAOPELALEITURA.pdf>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

<sup>72</sup> BRASIL. **Resolução SEAP/RJ 584/2015 da SEAP/RJ**. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/2784356/DLFE-85160.pdf/RESOLUCAOSEAPN584DE23DEOUTUBRODE2015REGULAMENTAVISITACAODOSPRESOS2retificacao.pdf>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

<sup>73</sup> CARDOSO, Tatiana; Schroeder; BLANCO, Vinicius Just. **Sistema prisional e Direitos Humanos: a (In)Suficiente Responsabilização Internacional do Estado Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Artigo-Tatiana-Betina-Vin%C3%ADcius.pdf>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

<sup>74</sup> **Presidente do CNJ lança programa voltado aos egressos do sistema prisional**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81584-presidente-do-cnj-lanca-programa-voltado-aos-egressos-do-sistema-prisional>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

Os desafios é manter as políticas públicas já implementadas e buscar implementar as que ainda não foram implementadas no Estado do RJ, além das determinações elucidadas nas recomendações da Comissão, para esta Unidade Prisional em questão e se possível, estender para as demais, evitando com isso que este caso chegue a CIDH.

## 7. IN(CONCLUSÃO)

Diante do exposto, podemos tirar algumas conclusões (ainda em aberto pois o caso encontra-se em caráter de liminar e não de finalização. Primeiramente, podemos entender que tanto no caso elucidado como nos demais casos exemplificados neste trabalho, o papel da Defensoria Pública seja na esfera Estadual como na esfera Federal perante os órgãos internacionais de Direitos Humanos foi crucial para deflagração de violações de Direitos Humanos, bem como para procura de soluções pacíficas de conflito internamente, atuando em conjunto com os demais componentes do sistema de justiça. Sem ela o acesso ao poder judiciário e demais órgãos do poder executivo das pessoas hipossuficientes e vulneráveis (pois estão temporariamente com seu direito de liberdade limitado), seria inviável. Ademais, podemos dizer que diante desse caso concreto podemos trazer a discussão os outros direitos não suprimidos pela liberdade que deverão ser garantidos.

Contudo, mesmo com o esforço do poder público, dos familiares e amigos(as) dos presos no cumprimento desses direitos e deveres estatais e supralegais ainda é pouco diante da superpopulação carcerária que ainda sofre com a superlotação carcerária e a violação destes devido a esse problema. Mas estes esforços devem ser lembrados para não só caracterizar boas práticas como também para envolver mais e mais agentes em cooperação da melhoria do sistema penitenciário brasileiro, mais precisamente aqui na elucidação do problema envolvendo Plácido de Sá Carvalho. Somente assim, unindo forças e esforços é que conseguiremos lutar em prol dos direitos das pessoas privadas de liberdade.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ato Normativo do TJRJ que estabelece critérios e procedimentos para prestar apoio e realizar a audiência de custódia. Disponível em:

<<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3440833/RAD-CEAC-002-REV-0.pdf>. Acesso em: 22 de agosto de 2016.>

**Audiência de Custódia aponta quase 3 mil casos de tortura.** Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/audia-ncia-de-custa-dia-aponta-quase-3-mil-casos-de-tortura-revela-presidente-do-cnj/339475>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

BRASIL. **CÓDIGO PENAL – CP/1940.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

BRASIL. **Lei 7.210/1984: Lei de Execuções Penais - LEP.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)> Acesso em: 25 de agosto de 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei 1989/2016 da ALERJ.** Disponível em: <[http://www2.alerj.rj.gov.br/lotus\\_notes/default.asp?id=7&url=L3NjchJvMTUxOS5uc2YvMTA2MwY3NTlkOTdhNmlyNDgzMjU2NmVjMDAxOGQ4MzlvNTYwNzg1YTgyNTAwZGFIZDgzMjU3ZmVkMDAzYWZlYzQ/T3BlbkRvY3VtZW50](http://www2.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?id=7&url=L3NjchJvMTUxOS5uc2YvMTA2MwY3NTlkOTdhNmlyNDgzMjU2NmVjMDAxOGQ4MzlvNTYwNzg1YTgyNTAwZGFIZDgzMjU3ZmVkMDAzYWZlYzQ/T3BlbkRvY3VtZW50)> Acesso em: 25 de agosto de 2017.

BRASIL. **Resolução CNPCP 04/2005:** Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/n4de23nov2005.pdf>> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

BRASIL. **Resolução CNPCP 05/2012.** <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-5-de-28-de-junho-de-2012.pdf>> Acesso em: 18 de ago de 2017.

BRASIL. **Resolução SEAP/RJ 584/2015.** Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/2784356/DLFE-85160.pdf/RESOLUCAOSEAPN584DE23DEOUTUBRODE2015REGULAMENTAVISITACAO DOSPRESOS2retificacao.pdf>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

BRASIL. **Resolução SEAP/RJ 610/2016.** Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/2784355/DLFE-85120.pdf/RESOLUCAOSEAPN610DE18DEMARCODE2016DISCIPLINAENTRADAALIMEN TOSEOBJETOS.pdf>> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

BRASIL. **Resolução SEAP/RJ 621/2016.** Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/2784355/DLFE-88415.pdf/RESOLUCAOSEAPN621DE01DEJULHODE2016REGULAMENTAEREMICAOPEL ALEITURA.pdf>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

BRASIL **Resolução CNPCP 04/2014.** Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-4-de-18-de-julho-de-2014.pdf>> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

- BRASIL. **Resolução CNPCP 02/2015.** Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/2015-numero-2.pdf>> Acesso em: 18 de agosto de 2017.
- BRASIL. **Resolução CNPCP 02/2016.** Disponível em: <[http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Resolucao\\_CNPCP/Resolucao\\_02\\_2016.pdf](http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Resolucao_CNPCP/Resolucao_02_2016.pdf)> Acesso em: 18 de agosto de 2017.
- BRASIL. **Resolução CNPCP 03/2016.** Disponível em: <[http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Resolucao\\_CNPCP/Resolucao\\_03\\_2016.pdf](http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Resolucao_CNPCP/Resolucao_03_2016.pdf)> Acesso em: 18 de agosto de 2017.
- Breves comentários da Lei 13.167/2015.** Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/10/breves-comentarios-lei-131672015-que.html>> Acesso em: 18 de agosto de 2017.
- CARDOSO, Tatiana; Schroeder; BLANCO, Vinicius Just. **Sistema prisional e Direitos Humanos: a (In)Suficiente Responsabilização Internacional do Estado Brasileiro.** Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Artigo-Tatiana-Betina-Vin%C3%ADcius.pdf>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.
- CIDH determina que Brasil assegure direitos humanos a adolescentes de unidade Fundação Casa.** Disponível em: <<http://justificando.com/2016/08/02/cidh-determina-que-brasil-assegure-direitos-humanos-a-adolescentes-de-unidade-da-fundacao-casa/>> Acesso em: 17 de agosto de 2017.
- CNJ lança programa saúde prisional para garantir assistência básica às pessoas presas.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82726-cnj-lanca-saude-prisional-para-garantir-assistencia-basica-as-pessoas-presas>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.
- Condições de Saúde dos Presos do Estado do Rio de Janeiro.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n7/1413-8123-csc-21-07-2031.pdf>> Acesso em: 18 de agosto de 2017.
- Da Defensoria Pública na Promoção e Defesa dos Direitos Humanos.** Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:X98zh7HSJG0J:www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4911/3O\\_DA\\_DEFENSORIA\\_P\\_BLICA\\_NA\\_PROMO\\_O\\_E\\_DEFESA\\_DOS\\_DIREITOS\\_HUMANOS\\_E\\_O\\_SISTEMA\\_INTERAMERICANO\\_DE\\_DIREITOS\\_HUMANOS\\_-\\_Antonio\\_Maffezoli.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:X98zh7HSJG0J:www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4911/3O_DA_DEFENSORIA_P_BLICA_NA_PROMO_O_E_DEFESA_DOS_DIREITOS_HUMANOS_E_O_SISTEMA_INTERAMERICANO_DE_DIREITOS_HUMANOS_-_Antonio_Maffezoli.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)> Acesso em: 17 de agosto de 2017.
- Defensoria Pública de SP e da União sugerem à ONU recomendações acerca da falta de acessibilidade nas prisões brasileiras.** Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=611111&idPagina=1&flaDestaque=V>> Acesso em: 17 de agosto de 2017.
- Dizer o Direito: Responsabilidade Civil do Estado.** Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2013/07/responsabilidade-civil-do-estado-em.html>> Acesso em: 17 de agosto de 2017.
- FOLEY, Conor. **Protegendo os brasileiros contra tortura: um manual para Juízes, Promotores, Defensores Públicos e Advogados.** Disponível em:

- <[http://www.oab.org.br/ari/pdf/manual\\_bar\\_online\\_final.pdf](http://www.oab.org.br/ari/pdf/manual_bar_online_final.pdf)> Acesso em: 22 de agosto de 2017.
- ARCIA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos**. Volume Único. 2ª Edição. Salvador, Bahia. Editora Juspodvim. 2015.
- GIAZZI, Maira Carneiro Gomes. **A Greve de Fome nas Prisões - Posição das Autoridades à Luz das Garantias Constitucionais**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2007-jan-27/vida\\_bem\\_maior\\_direito\\_protestar](http://www.conjur.com.br/2007-jan-27/vida_bem_maior_direito_protestar)>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.
- Ideias para a construção de uma Execução Penal democrática no. 01: 10 anos NUSPEN/DPGERJ**. 1ª Edição 2010.
- JUNIOR, Joaquim Fernandes de Moura. **O princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2012/trabalhos\\_22012/JoaquimFernandesMouraJR.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/JoaquimFernandesMouraJR.pdf). Acesso em: 28 de agosto de 2017.
- Liminar CIDH Plácido de Sá Carvalho**. Disponível em: <[http://www.portaldpge.rj.gov.br/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/LIMINAR\\_CIDH\\_PLACIDO.pdf](http://www.portaldpge.rj.gov.br/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/LIMINAR_CIDH_PLACIDO.pdf)> Acesso em: 18 de agosto de 2017.
- Local e documentação necessária no Rio de Janeiro para solicitar: Rio Poupa Tempo**. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/poupatemporj/exibeconteudo?article-id=217089>>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Editora Método. 2ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Método. 2015.
- Negros enfrentam risco significativamente maior de encarceramento em massa, abuso policial, tortura e maus-tratos, negligência médica, de serem mortos pela polícia, receber sentenças maiores que os brancos pelo mesmo crime e de sofrer discriminação na prisão – sugerindo alto grau de racismo institucional, afirmou o documento**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/relator-da-onu-condena-pratica-de-tortura-e-racismo-institucional-nos-presidios-brasileiros/>>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.
- Notícia DPGE/RJ: Audiência de custódia solta 32% mais brancos que negros. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/2942-Audiencia-de-custodia-solta-32-mais-brancos-que-negros-e-pardos>>. Acesso em: 27 de agosto de 2017.
- Novas hipóteses de prisão domiciliar**. Disponível em: <<http://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/335548560/novas-hipoteses-de-prisao-domiciliar-apos-a-lei-13257-2016>>. Acesso em: 22 de ago de 2017.
- OAB/RJ: convênio TRE assegura voto de preso provisório**. Disponível em: <<http://www.oabRJ.org.br/noticia/97145-oabRJ-convenio-com-tre-assegura-voto-de-presos-provisorios>>. Acesso em: 22 de agosto de 2017.
- Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária 2015**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnppc-1/imagens-cnppc/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.

**Plano Nacional de Política Criminal 2015-2019.** Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnppc-1/imagens-cnppc/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>> Acesso em: 18 de agosto de 2016.

**PNAISP.** Disponível em: <<http://dab.saude.gov.br/portaldab/pnaisp.php>> Acesso em: 18 de junho de 2017.

**Para auxiliar no treinamento e conhecimento do SIPEN a SEAP/RJ está promovendo em 2016 o Curso de Inteligência Penitenciária, regulamentado através da Resolução SEAP/RJ 601/2016.** Disponível em:

<<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/2784355/DLFE-85110.pdf/RESOLUCAOSEAPN601DE22DEFEVEREIRODE2016APROVAOPLANODEENSINODEINTELEGENCIA2016.pdf>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

**Presidente do CNJ lança programa voltado aos egressos do sistema prisional.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81584-presidente-do-cnj-lanca-programa-voltado-aos-egressos-do-sistema-prisional>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

**Presidente do STF concede prisão domiciliar a idoso com enfermidade grave.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=320615>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

**Programa de Saúde Prisional: Assistência à Saúde e Assistência Social no Sistema Prisional.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/f7cf2958bffbf0b1fb5f31ac062cbb71.pdf>> Acesso em: 22 de ago de 2017.

**Protegendo brasileiros contra tortura: Um manual para juízes, protetores e defensores públicos e advogados.** Disponível em: <<https://www.mppa.mp.br/arquivos/CAOPCEAP/Protegendo%20os%20Brasileiros%20contra%20Tortura.pdf>>.

**Recurso Extraordinário 641320 do TJRS.** Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2016/08/sv-56.pdf>> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

**Regras de Mandela.** Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cooperacao-internacional-2/traducao-regras-de-mandela-1.pdf>>. Acesso em: 28 de agosto de 2017.

**Relatório da DGERJ sobre o perfil dos réus atendidos na audiência de custódia.** Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/dd58e4893bff4e7bbe1d862c6f06805a.pdf>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

**Regras mínimas para tratamento dos presos.** Disponível em: <[file:///C:/Users/Owner/Downloads/resoluo%20n%2014%201994%20-%20estabelece%20regras%20mnimas%20para%20o%20tratamento%20do%20preso%20no%20brasil%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Owner/Downloads/resoluo%20n%2014%201994%20-%20estabelece%20regras%20mnimas%20para%20o%20tratamento%20do%20preso%20no%20brasil%20(2).pdf)> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

**Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/RegulamentoCIDH2013.pdf>> Acesso em: 17 de agosto de 2017.

**Relator da ONU condena prática de tortura e racismo institucional nos presídios brasileiros.**

Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/relator-da-onu-condena-pratica-de-tortura-e-racismo-institucional-nos-presidios-brasileiros/>> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

**Reportagem Jornal o Globo: as injustiças das justiças brasileiras.** Disponível em:

<<http://oglobo.globo.com/brasil/as-injusticas-da-justica-brasileira-18541969>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

**Revista Direito e Atualidade.** Disponível em:

<[https://issuu.com/venturim.dias/docs/revista\\_des\\_ed.2web](https://issuu.com/venturim.dias/docs/revista_des_ed.2web)>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.

**Revista Sociologia e Antropologia.** Disponível em: [http://revistappgsa.ifcs.ufrj.br/wp-content/uploads/2015/05/13-ano03n06\\_thais-lemos-duarte.pdf](http://revistappgsa.ifcs.ufrj.br/wp-content/uploads/2015/05/13-ano03n06_thais-lemos-duarte.pdf). > Acesso em: 28 de agosto de 2017.

**Site Conectas Audiência de Custódia.** Disponível em:

<[https://dl.dropboxusercontent.com/u/95227618/Conectas/CIDH\\_Audi%C3%Aancia\\_de\\_Cust%C3%B3dia\\_FINAL.pdf](https://dl.dropboxusercontent.com/u/95227618/Conectas/CIDH_Audi%C3%Aancia_de_Cust%C3%B3dia_FINAL.pdf)> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

**Site da Associação dos Defensores Públicos do Estado de Sergipe – ADPSE.** Disponível em:

<<http://www.adpese.com.br/>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

**STF cria simula que proíbe preso aguardar vaga em regime mais grave.** Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2016-jun-29/stf-cria-sumula-proibe-aguardar-vaga-regime-grave>> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

**Súmula Vinculante 56 do Supremo Tribunal Federal - STF.** Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319993>> Acesso em: 18 de agosto de 2017.

**TJRJ vai implantar a audiência de custódia no interior do Estado do RJ.** Disponível em:

<<http://www.oabRJ.org.br/noticia/97598-tjrj-vai-implantar-audiencia-de-custodia-no-interior-do-estado>> Acesso em: 22 de agosto de 2017.

# PORNOGRAFIA INTER-RACIAL: A DUPLA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NEGRAS

RAISA DUARTE DA SILVA

RIBEIRO<sup>1</sup>

LARA CAMPOS DE PAULO<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho trata-se de um estudo analítico no qual verifica-se a retratação da mulher negra na indústria pornográfica inter-racial como duplamente vitimada pela violência de gênero e a violência racial. Para tal observa-se inicialmente o conceito de pornografia, os tipos de violência de gênero e suas definições. Em sequência, é contemplado o conceito de pornô inter-racial e a relação da mulher negra com as violências de gênero e a violência racial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Violência de Gênero. Pornografia. Racismo. Mulher negra. Violência racial.

**ABSTRACT:** The present work is an analytical study which verifies the black woman's retraction as double victimized by gender

and racial violence. For this, the pornography concept, the types of gender violence and its definitions are initially observed. Sequentially, the interracial porn's concept and the black woman's gender and racial violence are contemplated.

**KEYWORDS:** Gender Violence. Pornography. Racism. Black Woman. Racial Violence.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Pornografia e violência de gênero. 3. Pornografia inter-racial: negra e a dupla configuração da violência. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Professora de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais da

Universidade Veiga de Almeida e Centro Universitário Carioca.

<sup>2</sup> Estudante de Graduação de Direito da Universidade Veiga de Almeida

## 1. INTRODUÇÃO

A pornografia consiste em uma prática milenar, existente desde os primórdios da sociedade. Trata-se de uma prática política discursiva constitutiva, que produz efeitos na sua realização e no seu consumo. O discurso da pornografia é embasado no primado da dominação masculina e da subalternidade feminina, sendo que seus atos provocam e naturalizam a violência de gênero.

Com a evolução dos meios cinematográficos, a pornografia começou a exigir atores reais para a sua produção, sendo a violência de gênero configurada em todas as fases de sua confecção e reproduzida em sua comercialização e consumo.

O presente artigo possui por objetivo analisar um segmento específico da pornografia: a pornografia inter-racial. De forma mais específica, pretende-se analisar a pornografia inter-racial na qual os atos de agressão são realizados em face das mulheres negras. Assim, pretende-se demonstrar como se configuram o assédio e os atos de agressão em face dessa categoria minoritária, em razão do gênero e da raça.

Para tanto, o presente trabalho se estrutura em dois tópicos fundamentais. Em um primeiro momento, pretende-se definir a pornografia convencional heterossexual e demonstrar como a sua realização e consumo produzem e naturalizam a violência de gênero, seja física, psicológica, sexual, patrimonial e/ou moral.

Em um segundo momento, pretende-se analisar a pornografia inter-racial, delimitando as formas de sua ocorrência, para depois focar na análise da pornografia inter-racial que possui a mulher negra como um de seus atores. Pretende-se demonstrar como a pornografia que possui mulheres negras como vítimas causa uma dupla violência: não apenas a violência de gênero é configurada, mas também a violência racial.

## 2. PORNOGRAFIA E VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A palavra pornografia deriva dos vernáculos *porne* e *graphein*, do grego antigo. *Porne* significa prostituta; *graphein* significa grafia, escrita, desenho, gravura<sup>1</sup>. Assim,

---

<sup>1</sup> DWORKIN, Andrea. **Pornography Men Possessing Women**. Penguin Group, 1989, p. 200

através da literalidade da sua acepção etimológica, pornografia pode ser entendida como escritos, desenhos ou gravuras sobre prostitutas e prostituição<sup>2</sup>.

Sobre o conceito etimológico, Andrea Dworkin observa que *porne* significava uma categoria específica de prostitutas existentes na Grécia Antiga, identificadas específica e exclusivamente como a classe mais baixa de prostitutas: aquelas vagabundas de bordeis disponíveis para todos os cidadãos<sup>3</sup>. Assim, *porneia* era a mulher mais barata e menos protegida de todas, caracterizada como escrava sexual<sup>4</sup>.

Nesse contexto, a pornografia consiste na “*gráfica representação das mulheres como prostitutas vis*”<sup>5</sup>, que pode ser exibida não apenas por escritas, gravuras ou desenhos, como o termo *graphien* sugere, mas também – e, principalmente, com a evolução tecnológica - através da utilização de câmeras e mulheres reais para a sua confecção.

De forma geral, a pornografia tradicional pode ser definida como a exibição gráfica de materiais sexuais, nos quais a sexualidade feminina seja mostrada de forma subalterna e haja a degradação de mulheres, deflagrada através de comportamentos agressivos, abusivos e degradantes, em um contexto de dominação masculina, de maneira que se pareça endossar, encorajar ou normalizar a violência de gênero<sup>6</sup>.

Assim, a pornografia promove a subordinação feminina, a começar pela forma como é produzida<sup>7</sup> e a terminar pela imagem que ela vende e pela realidade social que ela constrói e corrobora<sup>8</sup>, promovendo e naturalizando a violência de gênero.

---

<sup>2</sup> BOZON, Michel. **Sociologia da Sexualidade**. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004, p. 116.

<sup>3</sup> De acordo com Andrea Dworkin, na Grécia Antiga, não eram todas as prostitutas que eram consideradas mulheres vis, mas apenas aquela identificada como *porneia*. Idem, p. 200.

<sup>4</sup> Idem, p. 200.

<sup>5</sup> Tradução livre: “*it means the graphic depiction of women as vile whores*” Idem, p. 200

<sup>6</sup> RIBEIRO, Raisia Duarte da Silva Ribeiro. Discurso de Ódio, Violência de Gênero e Pornografia: entre a liberdade de expressão e a igualdade. No prelo. 2017.

<sup>7</sup> A indústria pornográfica explora mulheres pobres e vulneráveis. De acordo com dados médicos, essas mulheres são submetidas a um alto risco de contrair HIV, gonorreia retal, clamídia nos olhos. Adult Industry Medical Health Care Foundation. *apud* DINES, Gail. Pornland: How Porn Has Hijacked Our Sexuality. Boston: Beacon Press, 2010,, p. xxviii.

<sup>8</sup> MACKINNON, Catharine A. *Obj. Cit.*, 1996, p. 16.

A pornografia gera violência de gênero, que se destina em face das mulheres, tanto em razão da sua produção, quanto em razão de seu consumo<sup>9</sup>. A violência de gênero pode ser verificada através de diversas condutas e formas de agir diferenciadas, podendo ser classificada como violência física, psicológica, sexual, patrimonial e/ou moral<sup>10</sup>.

A violência física pode ser entendida como qualquer conduta ou ato corporal que ofenda a integridade ou a saúde física da vítima. Este tipo de violência costuma ser identificada de forma mais notória, em razão de deixar marcas nos corpos das mulheres<sup>11</sup>.

Na pornografia, a violência física pode ser observada em diversos momentos, com a utilização de tapas com mãos abertas e demais agressões físicas perpetuadas. Estatísticas atestam que 88% das cenas dos pornôms mais alugados continham agressão física e, em quase metade, agressão verbal, com homens perpetrando estas em 70% das vezes, enquanto a mulher é o alvo 94% do tempo<sup>12</sup>.

A violência psicológica pode ser entendida como qualquer conduta que cause dano emocional, que diminua a autoestima, que prejudique ou perturbe o pleno desenvolvimento de sua vítima ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, decisões e crenças. A violência psicológica pode ocorrer mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição, ridicularização e limitação do direito de locomoção ou qualquer outro meio que cause prejuízo a saúde psicológica e a autodeterminação de suas vítimas<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> Para uma análise mais completa sobre as formas de violência geradas pela pornografia, vide: RIBEIRO, Raísa, 2016. Discurso de ódio, violência de gênero e pornografia: entre a liberdade de expressão e a igualdade. Publishing. p. 96 e ss.

<sup>10</sup> Esta classificação de violência de gênero foi retirada da lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, que visa coibir atos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Apesar de ter um âmbito de aplicação restrito, as formas de violência ali definidas podem ser expandidas para todas as formas de violência de gênero.

<sup>11</sup> Conceito extraído do artigo 7º, I da Lei nº 11.340/06

<sup>12</sup> Informação disponível em: < <http://www.culturereframed.org/the-crisis>>. Último Acesso em 01 de mai. 2017

<sup>13</sup> Conceito extraído do artigo 7º, II da Lei nº 11.340/06

Na realização da pornografia, a violência psicológica é visualizada já na escolha das atrizes pornô: pesquisas empíricas demonstram que, nos Estados Unidos, 65 a 75% das mulheres que estão na prostituição e na pornografia nos foram abusadas na infância, em geral dentro de suas próprias casas<sup>14</sup>. Além disso, 53% das vítimas do Tráfico Internacional de Pessoas foram traficadas para fins de exploração sexual, sendo 97% mulheres<sup>15</sup>.

A violência psicológica também é visualizada com a exibição de mulheres como objetos sexuais desumanizados, coisas ou bens de consumo<sup>16</sup>. As mulheres são desumanizadas, na medida em que suas características de reação a dor e de auto-respeito são aniquiladas pelos materiais pornográficos<sup>17</sup>. Na pornografia, mulheres são chamadas por nomes pejorativos, são depreciadas e parecem gostar, porque pedem por mais ou porque sorriem<sup>18</sup>. Além disso, na pornografia, as mulheres são exibidas sentindo prazer na violação, são machucadas, agredidas, lesionadas e se excitam com isso<sup>19</sup>.

Pela pornografia, as mulheres são vistas como objetos sexuais, porque provocam sexualmente os homens: seu acesso e seu uso sexual é ilimitado, elas existem para isso<sup>20</sup>. Pela pornografia, as mulheres são também animalizadas, sendo exibidas como animais, chamadas por nomes de animais ou forçadas, em determinadas modalidades pornográficas, a terem relações sexuais com animais, à exemplo da pornografia da bestialidade.

---

<sup>14</sup> DWORKIN, Andrea R.; MACKINNON, Catharine A. *Obj. Cit.*, 1989 p. 70.

<sup>15</sup> United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). Global Report on Trafficking in Persons. Vienna, 2014, pp. 13 e 41 Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics\\_TIP/Publicacoes/GLOTIP\\_2014\\_full\\_report.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/GLOTIP_2014_full_report.pdf) Acesso em 19 dez. 2015

<sup>16</sup> Elementos contidos na definição de pornografia extraída de Catherine Mackinnon e Andrea Dworkin. Vide: DWORKIN, Andrea R.; MACKINNON, Catharine A. *Obj. Cit.*, 1989, p. 36.

<sup>17</sup> De acordo com Bernard Williams, existem dois elementos caracterizadores da essência humana: reação a dor e senso de auto-respeito. Vide: MACKINNON, Catharine. *Toward a feminist theory of the state*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, p. 210.

<sup>18</sup> De acordo com Catharine Mackinnon, essas posturas são compradas pelo dinheiro, não havendo consensualidade senão através do capital. Vide: MACKINNON, Catharine A. *Only Words*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996, p. 05

<sup>19</sup> De acordo com Catharine Mackinnon, essas posturas são compradas pelo dinheiro, não havendo consensualidade senão através do capital. Vide: MACKINNON, Catharine A. *Only Words*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996, p. 05

<sup>20</sup> A objetificação da mulher pela pornografia é minuciosamente analisada por Andrea Dworkin, em: DWORKIN, Andrea. *Pornography Men Possessing Women*. Penguin Group, 1989, p. 130 e ss.

Ademais, a pornografia também reduz as mulheres as partes sexuais de seus corpos<sup>21</sup>. Essa fragmentação corporal faz com que os sentimentos e emoções das mulheres não sejam percebidas e corrobora para a sua desumanização<sup>22</sup>.

Por outro lado, a pornografia também traz a padronização de condutas sexuais, o que traduz uma outra forma de violência psicológica. As relações sexuais ocorrem dentro de um script pré-definido, não existindo muitas variações<sup>23</sup>. Estereótipos de mulher e de homem são criados pela pornografia. Não há liberdade para criação que envolva libertação sexual para ambos os gêneros, as únicas alterações possíveis se fazem dentro de um contexto de violência e de virilidade. O prazer masculino é a única coisa que está em jogo: assim que o homem ejacula, a relação sexual é findada; o orgasmo feminino, exuberante e de proporções grotescas, apenas existe para corroborar a ideia da virilidade masculina<sup>24</sup>.

Por outro lado, a violência sexual refere-se à utilização de forma que limitem ou anulem a sexualidade das vítimas. Pode ser entendida como qualquer conduta que venha a constranger a vítima a presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada, ou que a induza a comercializar ou utilizar de qualquer forma a sua sexualidade, ou que a impeça de utilizar método contraceptivo ou que force ao matrimônio, à gravidez ou ao aborto, ou ainda que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais ou reprodutivos. A violência sexual pode ser realizada através da utilização de intimidação, ameaça, coação ou uso da força. Ou ainda, mediante chantagem, suborno ou manipulação<sup>25</sup>.

Na confecção da pornografia, com a padronização dos comportamentos sexuais e com a utilização do dinheiro como forma de consensualidade, observa-se uma nítida configuração da violência sexual. Em diversos filmes pornográficos, as mulheres são proibidas de terem relações sexuais com preservativos, devem se comportar

---

<sup>21</sup> Nesse sentido, DWORKIN, Andrea e MACKINNON, Catharine. *Obj. Cit.*, 1989, p. 36; MACKINNON, Catharine. *Obj. Cit.*, 1989, p. 195.

<sup>22</sup> David Le Breton observa que o corpo não pode ser analisado de forma dissociada da pessoa que ele representa, devendo ser afastado o risco da fragmentação corporal. Nesse sentido: BRETON, David Le. *A Sociologia do Corpo*, 2ª edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p. 26.

<sup>23</sup> Acerca dos scripts sexuais, vide: DWORKIN, Andrea. *Obj. Cit.*, 1989, p. xv; MACKINNON, Catharine A. *Obj. Cit.*, 1996, p. 05.

<sup>24</sup> Nesse sentido, vide: DINES, Gail. *Obj. Cit.*, 2010, p. xviv.

<sup>25</sup> Conceito extraído do artigo 7º, III da Lei nº 11.340/06

sexualmente dentro dos scripts sexuais determinados, comercializam seu corpo e sua sexualidade.

A violência patrimonial se refere às condutas que configurem retenção, subtração, destruição total ou parcial dos objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores, direitos ou recursos econômicos de suas vítimas, incluindo aqueles que sejam necessários para satisfazerem as suas necessidades<sup>26</sup>.

Na confecção da pornografia, a violência patrimonial também pode ser observada em alguns momentos, quando ocorre a retenção do dinheiro das mulheres ou de seus documentos por seus agenciadores, a escolha da destinação de seus rendimentos para a compra específica de produtos e alterações de seus corpos, entre outros comportamentos.

E a violência moral refere-se a qualquer conduta no sentido de imputar falsamente fato definido como crime<sup>27</sup> ou imputar fato ofensivo à reputação da vítima<sup>28</sup>, ou ainda, ofender a sua dignidade ou decoro<sup>29</sup>.

Na realização da pornografia, a exibição da sexualidade feminina de forma subalterna, o que ofende a sua dignidade, sendo configurada também a violência moral.

Observe que na pornografia essas modalidades de violência de gênero podem ocorrer de forma cumulativa ou separadamente. Mas, em todos os casos de materiais pornográficos, pode-se visualizar uma ou mais condutas de violência.

Cabe ressaltar, ainda, que conforme salienta Catherine MacKinnon, a pornografia também gera efeitos negativos na vida das mulheres em razão do seu consumo. A pornografia gera intrusão mental inconsciente e manipulação física em seus consumidores<sup>30</sup>. Por ser uma fonte de excitação, por ser utilizada por seus consumidores como materiais de masturbação, a naturalização da violência é visualizada na prática.

---

<sup>26</sup> Conceito extraído do artigo 7º, IV da Lei nº 11.340/06

<sup>27</sup> Conduta tipificada como calúnia, nos termos do artigo 138 do Código Penal Brasileiro.

<sup>28</sup> Conduta tipificada como difamação, nos termos do artigo 139 do Código Penal Brasileiro.

<sup>29</sup> Conceito extraído do artigo 7º, V da Lei nº 11.340/06

<sup>30</sup> MACKINNON, Catharine A. *Obj. Cit.*, 1996, p. 16.

Além disto, os consumidores se tornam mais propensos a quererem reproduzir na vida real aquilo que eles aprenderam na pornografia<sup>31</sup>.

Assim, a pornografia é uma prática discursiva constitutiva, ou seja, o discurso externalizado pelos materiais pornográficos constroem realidades sociais<sup>32</sup>. Todo discurso, de forma consciente ou não, possui objetivos específicos<sup>33</sup>. O discurso pornográfico transmite uma ideia sobre os gêneros e a sexualidade, tendo como consequência a perpetuação da lógica da dominação masculina<sup>34 35</sup>.

### 3 PORNOGRAFIA INTER-RACIAL: MULHER NEGRA E A DUPLA CONFIGURAÇÃO DA VIOLÊNCIA

No ramo da pornografia a categorização do material produzido é sempre presente afim de que o consumidor encontre de forma clara e direta o conteúdo que lhe agrada. Dentro dessa divisão múltipla e variada encontra-se em ascensão a pornografia inter-racial<sup>36</sup>. Se há alguns anos o relacionamento entre um homem negro e uma mulher branca poderia ser motivo de hostilidade, hoje é tema popularmente explorado pelos produtores de pornografia.

O pornô inter-racial ocorre na contraposição de etnias, um conteúdo protagonizado por indivíduos de diferentes etnias específicas que se relacionando em

---

<sup>31</sup> Nesse sentido, vale a pena conferir a teoria da causalidade social construída por RUSSELL Diana E. H. *Obj. Cit.*, 1994, p. 121-122.

<sup>32</sup> Nesse sentido, vide: MACKINNON, Catharine. *Only Words*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, p. 15.

<sup>33</sup> No âmbito da filosofia da linguagem, J. L Austin trouxe a noção de atos de fala como atos performativos, rompendo com a superação tradicional entre atos performativos e atos constatativos. Segundo o autor, a linguagem é um fenômeno capaz de interferir e modificar a realidade, não podendo ser vista apenas como um instituto meramente descritivo. Nesse sentido: AUSTIN, J. L. *Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação*. Porto Alegre: Editora Artes Médicas, 1990, p. 21 e ss

<sup>34</sup> De acordo com Andrea Dworkin, a pornografia é o DNA da dominação masculina, que funciona através do fortalecimento de dogmas estruturantes, como : a autoafirmação metafísica; a força física; a capacidade de aterrorizar; o poder de nomear; o poder de possuir; o poder do dinheiro; e o poder do sexo. DWORKIN, Andrea. *Pornography Men Possessing Women*. Penguin Group, 1989, pp. 13-47.

<sup>35</sup> Sobre a dominação masculina, vide: BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*, 2ª edição. Tradução Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

<sup>36</sup> É válido ressaltar que o presente trabalho tem por objetivo analisar o pornô inter-racial heterossexual

cena. Nesse tipo de conteúdo produzido pela indústria pornográfica a utilização dos estereótipos sociais para formulação de seu enredo é facilmente observável. No pornô inter-racial o indivíduo é incumbido de sustentar o rótulo, seja ele discriminatório ou não, imposto a sua cor.

Inicialmente, cabe ressaltar que no mercado pornográfico a contratação do indivíduo por sua cor não é compreendida como ato discriminatório<sup>37</sup>, sendo esse atributo utilizado para um processo de “racialização” da sexualidade. Em nenhum outro mercado, a contratação de pessoas em razão de sua raça deixa de ser considerado um ato discriminatório e ilegal.

Há de se observar também que, apesar de se compreender o pornô inter-racial como variedade de etnias, essa categoria, na prática, se reduz a presença do homem negro com uma mulher branca<sup>38</sup>. Ao abrir a categoria inter-racial em um site de conteúdo pornográfico, não se identificam inicialmente indivíduos asiáticos, latinos, o que o consumidor encontra em quantidade esmagadoramente maior, é a presença do homem negro geralmente retratados com mulheres brancas (frequentemente loiras)<sup>39</sup>.

É o homem negro o personagem reduzido ao tamanho de seu pênis, sempre hiper dimensionados<sup>40</sup> e seu apetite sexual “biologicamente incontrolável”. São os homens negros os personagens retratados como “monstros em seu incontrolável desejo por mulheres brancas”<sup>41</sup>.

Nesse sentido, Gail Dines salienta que:

(...) todos no pornô são retratados como nada mais que uma genitália ambulante procurando por penetração e orgasmo. Mas até mesmo nesse mundo, homens negros são mais reduzidos ao tamanho do de seus pênis que qualquer outro grupo de homens, porque a ação gira em torno do “o grande pinto negro” que não pode ter “buceta branca” o suficiente. Descrito como “imenso”, “enorme”, “monstruoso”, “gigante” e “inacreditável” com uma entediante monotonia, o pênis negro é filmado de todos os ângulos para dar ao usuário do pornô uma imagem clara de seu tamanho e cor (...) A performance pornô masculina é, como a maioria dos homens no gonzo,

---

<sup>37</sup> Hot Girls Wanted: Turned On. Jill Bauer, Ronna Gradus, Rashida Jones. Netflix, 2017.

<sup>38</sup> DINES, Gail, *Obj. Cit.*, 2010, p. 122 e NETFLIX, 2017, *Obj. Cit.*

<sup>39</sup> DINES, Gail. *Obj. Cit.*, 2010. p.122

<sup>40</sup> É comum material pornográfico com homens negros, intitulados ou que se utilizam de falas, trocadilhos que hiperdimensionem o órgão masculino ou que demonstrem uma postura incontrolável do homem negro tais como: “O enorme pau negro” “Blackzilla” “Anaconda Negra”.

<sup>41</sup> DINES, Gail *Obj. Cit.*, 2010, p.122

retratados com falta de empatia e completamente desinteressado na dor e no desconforto causado para mulher. Enquanto esse tipo de comportamento reduz os homens no gonzo para robôes (...), para o homem negro isso é descrito como parte de sua característica biologia e conseqüentemente carrega o peso de autenticidade<sup>42</sup>.

A monstrosidade atribuída ao homem negro explica o grande êxito desse personagem na indústria na qual os conteúdos de maior sucesso são aqueles que a mulher é violada, tem suas integridades física, psicológica, moral comprometidas, seu desconforto sexualizado.

No entanto o uso estereotipado do indivíduo não se limita ao homem negro, apesar de essa ser a figura mais explorada no pornô inter-racial. Utilizando-se do conceito do pornô inter-racial, é possível observar a caracterização estigmatizada da mulher asiática, por exemplo, como subserviente, inocente, facilmente manipulável, com aspectos físicos e comportamentais infantis. A sua relação em cena é ainda utilizada para dar forma ao estereótipo do homem asiático. Geralmente se relacionando com homens brancos, a mulher asiática reforça a ideia de um homem asiático<sup>43</sup> sexualmente ausente.<sup>44</sup>

A presença da mulher latina no pornô inter-racial é também envolto pela personificação de um estigma característico da comunidade latina. Há expressa a ideia da mulher sensual, exageradamente sexual, quente, promíscua. Nesse contexto, a raça das mulheres é utilizada de forma a torná-las um pouco mais vadia que o comum, do que a mulher branca<sup>45</sup>. Há, então, a “racialização” do que é ser vadia.

Dessa forma torna-se possível observar que a pornografia gera um problema real na vida das mulheres, reiterando a ordem andocêntrica do mundo, perpetuando a desigualdade de gênero e incitando a desigualdade racial.

---

<sup>42</sup>DINES, Gail *Obj. Cit.*, 2010, p.136

<sup>43</sup> Gail Dines observa que os homens asiáticos também são representados, de maneira similar a mulher asiática, como inocentes, pequenos. DINES, Gail *Obj. Cit.*, 2010, p.131

<sup>44</sup> DINES, Gail *Obj. Cit.*, 2010, p.124

<sup>45</sup> DINES, Gail *Obj. Cit.*, 2010, p.131

A pornografia trata-se de um problema social que afeta todos os indivíduos da sociedade, sendo, no entanto, seu maior mal dirigido às mulheres, que continuam sendo vistas e tratadas como propriedades, objetos, coisas servíveis às vontades masculinas

Nesse sentido, cabe salientar os dizeres de Diana Russell:

As mulheres na pornografia são as primeiras vítimas da pornografia. Os pornógrafos, não as mulheres que eles ferem, são responsáveis pela pornografia. Os homens que compram e utilizam a pornografia são responsáveis pela pornografia, não as mulheres que são violadas para fazer o produto que eles gostam. E a sociedade que protege a pornografia é responsável pela pornografia: as cortes que valorizam o então chamado direitos dos pornógrafos sobre a humanidade, a dignidade, o direito civil de igualdade das mulheres; as editoras e os escritores que continuam protegendo o tráfico de mulheres como se a violação comercial das mulheres fossem uma direito básico da publicação; os juízes, os políticos, a mídia, que congregam para entoar ladainhas de auto-justiça em adoração a Constituição enquanto mulheres são estupradas por diversão e lucro sob proteção da Constituição<sup>46</sup>

Ainda assim, mesmo a mulher ocupando a posição mais prejudica pelo conteúdo pornográfico, é possível observar, inserido nesse gênero, uma categoria ainda mais lesada. Assim como ocorre nas demais esferas sociais, é a mulher negra quem ocupa a posição mais afetada pela indústria pornográfica. É a mulher a negra o extrato culminante dos danos causados pela pornografia.

Ora, a cor negra é vista como sendo fonte de uma hipersexualidade, uma combinação explosiva, mais excitante que os conteúdos comuns ou o sexo branco<sup>47</sup> e sempre destacada por títulos ou falas quando presentes no conteúdo<sup>48</sup>. A característica animalesca não é, então, uma exclusividade masculina. A mulher negra é um personagem também coberto no pornô inter-racial pela bestialidade, hipersexualizada, que, ao contrário com o que acontece com o homem negro, não domina, mas deve ser dominada. A ela falta a “tradicional qualidade feminina de submissão”<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> RUSSEL, Diana **Making Violence Sexy: Feminist Views On Pornography**. New York, NY: Teacher College Press 1993,p.82

<sup>47</sup> DINES, Gail *Obj. Cit.*, 2010, p.128

<sup>48</sup> NETFLIX, *Obj. Cit.* 2017

<sup>49</sup> DINES, Gail *Obj. Cit.*, 2010, p.126

Ao observar a atuação da mulher negra no material pornográfico, ficam evidentes diferentes formas de violência de gênero. Verifica-se a violência física, com a presença de tapas e puxões de cabelo, por exemplo. Verifica-se a violência psicológica e a violência moral, com a utilização de termos pejorativos que reduzem, ridicularizam a mulher negra<sup>50</sup>. Verifica-se, também, a violência sexual, com a presença da mulher negra, geralmente, em cenas que a submetem a atos sexuais contra a sua vontade<sup>51</sup>. Além disso, de forma nem sempre explícita, pode-se verificar também a violência patrimonial, com a retenção dos rendimentos das atrizes pornôs, ou ainda, na própria mercadoria, com a demonstração da submissão econômica da mulher a um homem mais poderoso.

Ao observar a violência de gênero contra a mulher negra uma nova característica é notada: há ali nas entrelinhas o dever de controlar, civilizar, domar a mulher negra. Assim, a mulher negra é, então, duplamente penalizada, a violência decorre não somente de sua condição de mulher, mas em razão do gênero e em razão da raça, isto é, em razão de ser mulher e em razão de ser negra. Um novo protagonista, então, entra em cena: a violência racial.

Nesse contexto, observa-se que a situação da mulher negra na pornografia é ainda mais drástica do que a situação das mulheres de outras cores, raças ou etnias. Conforme salientado por Alice Walker<sup>52</sup>, “onde mulheres brancas são retratadas na pornografia como ‘objetos’, mulheres negras são retratadas como animais. Onde mulheres brancas são retratadas como pelo menos corpos humanos, se não seres, mulheres negras são retratadas como merda.”. Para a indústria pornográfica mulheres

---

<sup>50</sup> É comum no pornô inter-racial a caracterização da mulher negra como “negra/neguinha/negona safada” “vadia preta” “preta gulosa” “negra/preta peitada/bunduda”. Termos pejorativos que se utilizam de características do fenótipo da mulher negra pra ridicularizá-la. O fato foi observado em sites de material pornográfico tais como “XVideos” que na categoria “Mulher negra” apresenta inúmeros conteúdos que se utilizam dos termos pejorativos citados como títulos ou como uma fala repetida durante a cena. Informação disponível em: <https://www.xvideos.com/>. Acesso em 25 de junho de 2017

<sup>51</sup> Observa-se que a mulher negra em cena geralmente encontra-se em posições nas quais é controlada: de joelhos, apoiada sobre os braços, de costas, sendo agredida por puxões de cabelo, empurrões na cabeça, gestos que objetivam manter essa servido, sob domínio de quem a controla.

<sup>52</sup> WALKER, 1984, p.103 apud RUSSEL, Diana **Making Violence Sexy: Feminist Views On Pornography**. New York, NY: Teacher College Press 1993,p.100

negras são animais, que não sabem se comportar sexualmente, que possuem um apetite voraz e que precisam ser domadas e domesticadas, custe o que custar.

Cabe ressaltar que, nesse processo, a mulher negra tem seus atributos destacados, caricaturados, desfigurados, “descritos com o propósito de tornar a mulher um pouco mais vadia”<sup>53</sup> A violência racial é caracterizada pela ofensa a determinada etnia, seja essa ofensa verbal, escrita, ou por atos, gestos discriminatórios; agressões estimuladas pelo fato do indivíduo pertencer a determinado grupo étnico No entanto, nesse contexto observa-se uma grande incongruência: ao mesmo tempo em que o pornô inter-racial possui uma dos maiores e mais rápidos crescimentos na indústria pornográfica,<sup>54</sup> a violência racial - elemento presente nessa subcategoria pornográfica - tem sido legalmente coibida.

Nesse sentido, cabe salientar as observações de Catharine MacKinnon:

Sob leis de discriminação, cortes têm tomado ações legais contra grupos baseados em invectivas, não importando se contêm ideias ou procura expressar ou promover uma posição política. De fato, seu papel na promoção da política- isso é, na realidade- da desigualdade, tem sido entendido como integrante de seu prejuízo. “KKK” nas paredes do ambiente de trabalho não têm sido protegidas como um apoio político e se a violência é ou não iminentemente incitada por isso, não tem importância. (...) Sob as leis de discriminação, essas expressões não são uma opinião política; é uma prova concreta.<sup>55</sup>

Apesar disso, quando se trata de violência racial no mercado pornográfico, a violência é constantemente relativizada ou simplesmente ignorada. Além da sexualização do desconforto feminino, há no pornô inter-racial a sexualização da discriminação contra a mulher negra. É a mulher negra quem paga o preço mais alto pela estigmatização característica do cenário pornográfico. Na indústria pornográfica, a mulher é submetida a um processo compulsório de objetificação. Dela é retirada sua autonomia, as características e peculiaridades que a tornam humana. Contudo, quando se trata de mulher negra, esse processo é acrescido de um enquadramento que a animaliza. Diana

---

<sup>53</sup> DINES, Gail *Obj. Cit.*, 2010, p.123

<sup>54</sup> DINES, Gail *Obj. Cit.*, 2010, p.122

<sup>55</sup> MACKINNON Catherine, *Obj. Cit.*, 1996, p.50,

Russell observa que a raça se torna um fator que vai ditar o tipo de objetificação que a mulher encontrará<sup>56</sup>.

Em cena torna-se possível, então, reduzir a mulher negra a um comportamento similar aos dos animais, entendimento esse característico do século XIX na Europa e Estados Unidos. Nesse período comparava-se a mulher negra aos primatas, como se observa em um texto antropológico publicado em 1878:

Ela tinha uma forma de colocar os lábios exatamente igual a que eu havia observado no orangotango. Os movimentos dela tinham algo abrupto e fantástico, lembrando alguns daqueles macacos. Sua orelha era como a de muitos macacos... Essas são características animais. Eu nunca vi uma cabeça humana como a de um macaco como a dessa mulher.<sup>57</sup>

No pornô, inicia-se um novo processo civilizatório da mulher negra. A mulher negra é “apresentada como tendo uma sexualidade particularmente excessiva e incontrolável, que leva o um homem de verdade, seja ele negro ou branco, a controlá-lo”<sup>58</sup>. O darwinismo social nunca fora tão atual quanto no mercado pornográfico inter-racial. É no comportamento agressivo, perigoso, animalesco, da mulher negra, na “falta da tradicional característica feminina de submissão”<sup>59</sup>, que os produtores pornográficos fazem repousar o teor realístico do conteúdo pornô. Ali se faz crer não haver a interpretação de algo, mas a réplica da mulher negra. Essa análise lança luz sobre uma estranha realidade: a violência racial é, certamente, contextual.

O ambiente pornográfico funciona como uma lente anulatória da violência de gênero e racial sofrida pela mulher negra, tornando comum a linguagem, gestos, injúrias a ela atribuídas. A não assunção da violência a qual a mulher negra é submetida na indústria pornô, age como uma forma admissível de se praticar e promover convicções sociopolíticas discriminatórias. A sexualização do racismo o torna aceitável.

Nesse contexto, salienta Gail Dines:

---

<sup>56</sup> RUSSEL, Diana **Making Violence Sexy: Feminist Views On Pornography**. New York, NY: Teacher College Press 1993, p101

<sup>57</sup> HALPIN, 1989, *apud* MACKINNON Catherine, *Obj. Cit.*, 1996, p.102,

<sup>58</sup> DINES, Gail *Obj. Cit.*, 2010, p.127

<sup>59</sup> DINES, Gail *Obj. Cit.*, 2010, p.126

Essa é uma forma poderosa de se entregar ideologia racista, não faz só visível a suporta devassidão sexual de um determinado grupo, mas também sexualiza o racismo em modos que fazem o racismo atual invisível na mente da maioria dos consumidores e não consumidores. Esse é o porquê Dom Imus<sup>60</sup> foi demitido, e porque pornógrafos enriquecem<sup>61</sup>.

O cenário pornográfico inter-racial perpetua a história da mulher negra escrava, acorrentada, primitiva, sem modos e objeto para satisfação do homem branco, tendo em vista que a maioria das cenas protagonizadas por mulheres negras contém um ou mais homens brancos a penetrando<sup>62</sup>. Se na violência de gênero, a violência psicológica reduz a condição de indivíduo, na violência racial contra a mulher negra, essa condição é usurpada de forma definitiva.

A caracterização da mulher negra na indústria pornográfica age, de uma maneira cíclica, como sintoma e origem do estigma social imposto a mulher negra. Simultaneamente a retrata na forma como seus consumidores desejam vê-la- submissa, incontrolável: um animal a ser dominado, o que estimula sua visão lasciva. Para o mundo pornográfico, seus produtores, reprodutores e consumidores, a mulher negra apenas se satisfaz sexualmente ao ser reduzida as partes de seu corpo, a ter sua cor e gênero como motivos de submissão. A ela lhe agrada porque na cena ela sorri e pede por mais.<sup>63</sup>

Como observa Gail Dines<sup>64</sup> a imagem hipersexualizada da mulher negra faz com que essa seja desejada numa sociedade na qual o padrão de beleza é racista. O enquadramento da mulher negra como animais, criaturas extremamente sexuais, continua a promover a ideia de um indivíduo em posição de desigualdade com relação aos demais<sup>65</sup>, destruindo sua posição social e reputação.<sup>66</sup>

---

<sup>60</sup> Radialista estado unidense demitido em 2007 depois de ter ofendido jogadoras negras de basquete chamando-as de “putas de cabelo sujo e espesso”.

<sup>61</sup> DINES, Gail *Obj. Cit.*, 2010, p.140

<sup>62</sup> RUSSEL, *Obj. Cit.*,1993, p.99,

<sup>63</sup> A autora Diana Russel observa que a mulher submete-se a esse tipo de tratamento humilhante e degradante da indústria pornográfica ocorre pois “as únicas profissões que as mulheres fazem mais dinheiro que os homens são modelando e na prostituição. RUSSEL, *Obj. Cit.*,1993, p.81.

<sup>64</sup> DINES, *Obj. Cit.*, 2010, p.128

<sup>65</sup> Fato destacados por Luisa Teish em 1980 ao observar que a “indústria pornográfica retrata a mulher negra como feia, sádica e animalesca, indigna de afeição humana”, *apud* RUSSEL, 1993, p. 167

<sup>66</sup> MACKINNON, *Obj. Cit.*,1996, p.56,

A interiorização financeira<sup>67</sup>, psicológica, social, física, a qual a mulher negra é submetida no mercado da pornografia inter-racial ensina que mulheres negras não são parceiras sexuais, mas objetos que, num movimento semelhante ao do período escravocrata, são usados para o prazer do homem, geralmente branco. O resultado dessa mensagem é claro: a definição da mulher negra no ambiente pornográfico derruba a quarta parede<sup>68</sup> e passa a ser amplamente reproduzido. Acredita-se que a ideia vista é real, fazendo, enfim, com que se torne real.<sup>69</sup>

#### 4. CONCLUSÃO

A pornografia, enquanto a exibição de mulheres como prostitutas vis é uma prática antiga, que com a evolução da sociedade e suas ferramentas passou por uma remodelação de sua produção. A pornografia utilizou-se de novos aparatos, instrumentos para lançar luz e estimular sobre os desejos de seus consumidores, exprimindo uma ideia de comprometimento com a realidade do sexo.

Apesar da evolução na produção da pornografia, observou-se um conteúdo baseado na ideia retrógrada de submissão feminina diante a figura do homem e é nessa contraposição de papéis que a violência de gênero passa a protagonizar a cena.

Na indústria pornográfica há a normalização da violência de gênero e suas especificidades, tais como a violência psicológica, moral e/ou patrimonial, física, entre outras espécies configuradas em face da mulher. Observa-se, no entanto, que o processo

---

<sup>67</sup> Como na sociedade em geral, mulheres negras geralmente ganham menos que mulheres brancas pelos mesmos atos e cenas, observa Gail Dines. DINES, *Obj, Cit*, 2010, p.126.

<sup>68</sup> No ambiente teatral, cinematográfico existem quatro paredes. As três primeiras, que se localizam nas laterais e no fundo, são onde a cena ocorre. A quarta parede consiste em um conceito teatral que se refere a uma parede imaginária à frente do palco, separando o mundo encenado e a plateia que assiste passivamente. Quando um personagem se comunica diretamente com o telespectador, diz-se que foi derrubada a quarta parede. Em diversos momentos, nos materiais pornográficos, é possível visualizar a quebra da quarta parede.

<sup>69</sup> Para melhor visualização, a autora Catharine MACKINNON traz exemplos de casos reais em que a mulher negra foi submetida à violência de gênero e racial semelhantes às retratadas em conteúdos pornográficos, tal como o caso de uma trabalhadora negra a quem foi mostrada, por um homem branco, uma foto pornográfica retratando um ato de sdomasiquismo inter-racial. O colega de trabalho declarou que esse é o talento da mulher negra e que por isso ela havia sido contratada. ( 1996, p. 45)

de sexualização da violência, não ocorre somente sobre a violência de gênero, mas também sobre a violência racial.

Ao analisar a categoria do pornô inter-racial, observa-se uma indústria que se utiliza de estigmas raciais para a produção de seu conteúdo. É nela que mitos culturais racistas - tais como mulheres asiáticas com aspectos infantis, homens asiáticos sexualmente ausentes, mulheres latinas lascivas, mulheres negras animalizadas - ditam o enredo.

Nesse contexto, no pornô inter-racial verifica-se, também, a hipersexualização da cor negra. Ao homem negro é atribuído uma característica selvagem, de uma libido interminável e um desejo sexual incontrolável, insaciável. No entanto, é a mulher - caracterizada com uma postura bestial, de mulher indomável, agressiva, perigosa, animalesca - o indivíduo mais prejudicado dentro da comunidade negra pelo processo de estigmatização imposta pela indústria pornográfica inter-racial.

Fundamentando-se em ideologias discriminatórias, o pornô inter-racial exprime como realidade uma imagem estigmatizada da mulher negra, reproduzindo e perpetuando uma interpretação discriminatória. O mercado pornográfico reproduz uma ideia colonialista, perpetuando na sociedade contemporânea, os ideais de uma sociedade obsoleta, provinciana. É na pornografia e por meio da pornografia que a mulher negra continua a ser acorrentada a uma realidade escravocrata.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUSTIN, J. L. **Quando Dizer é Fazer: Palavras e Ação**. Porto Alegre: Editora Artes Médicas, 1990

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução de Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BOZON, Michel. **Sociologia da Sexualidade**. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

BRASIL. **Lei nº 11.340, 07 de Agosto de 2006**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)  
Último Acesso em 01 mai. 2017.

- BRETON, David Le. **A Sociologia do Corpo**, 2ª edição. Tradução de Sonia M. S. Fuhrmann. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- CULTURE REFRAMED. Available in: < <http://www.culturereframed.org/the-crisis>>. Acesso em 01 jun 2016.
- DINES, Gail. **Pornland: How Porn Has Hijacked Our Sexuality**. Boston: Beacon Press, 2010.
- DWORKIN, Andrea. **Pornography Men Possessing Women**. Penguin Group, 1989.
- DWORKIN, Andrea R.; MACKINNON, Catharine A., 1989. **Pornography and Civil Rights – a New Day for Women’s Equality**, Minneapolis, Organizing Against Pornography.
- Hot Girls Wanted: Turned On**. Jill Bauer, Ronna Gradus, Rashida Jones. Publicado por NETFLIX, 2017.
- MACKINNON, Catharine. **Toward a feminist theory of the state**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 1989.
- \_\_\_\_\_. **“Pornography, Civil Rights, and Speech”** In: ITZIN, Catherine (Org.) **Pornography: Women, Violence and Civil Liberties**. Oxford University Press, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Only Words**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.
- RIBEIRO, Raisal Duarte da Silva. **Discurso de ódio, violência de gênero e pornografia: entre a liberdade de expressão e a igualdade**. No prelo, 2017.
- RUSSEL, Diana. **Against pornography: the evidence of Harm**. Berkeley, California: Russell Publications, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Making Violence Sexy: Feminist Views On Pornography**. New York, NY: Teacher College Press, 1993.
- XVIDEOS**. Disponível em: <https://www.xvideos.com/>. Último Acesso em 25 de junho de 2017.



UNIVERSIDADE  
FEDERAL DE JUIZ DE FORA

ufjf | CAMPUS GV

PROEX

OJS

OPEN JOURNAL  
SYSTEM

PKP

PUBLIC  
KNOWLEDGE  
PROJECT

NIGÉRIA GANA ETIÓPIA  
MADAGÁSCAR ARGÉLIA ERITREIA  
MALI REPÚBLICA CENTRO-  
AFRICANA GÂMBIA GUINÉ-BISSAU  
CONGO-BRAZZAVILLE BURÚNDI  
EGITO UGANDA SUDÃO GUINÉ  
SENEGAL TANZÂNIA SERRA LEOA  
BOTSUANA ZIMBÁBUE COSTA DO  
MARFIM CAMARÕES CHADE JIBUTI  
SUDÃO DO SUL GABÃO MALÁUI  
SUAZILÂNDIA TOGO ANGOLA  
ZÂMBIA GUINÉ EQUATORIAL  
MOÇAMBIQUE LESOTO SOMÁLIA  
LIBÉRIA COMORES QUÊNIA NÍGER  
MAURITÂNIA MAURÍCIA BENIM  
CABO VERDE ÁFRICA DO SUL  
RUANDA REPÚBLICA  
DEMOCRÁTICA DO CONGO  
MARRUCOS SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE  
LIBIA TUNÍSIA BURQUINA FASO  
NAMÍBIA SEICHELES JORDÂNIA  
EMIRADOS ÁRABES UNIDOS  
TURQUIA TURCOMENISTÃO  
CAZAQUISTÃO AZERBAIJÃO  
IRAQUE BRUNEI TAILÂNDIA  
LÍBANO QUIRGUISTÃO  
AFEGANISTÃO NEPAL CUAITE  
MALÁSIA BANGLADEXE SÍRIA  
CATAR TAJIQUISTÃO ARMÊNIA  
VIETNAM PAQUISTÃO INDONÉSIA  
ISRAEL ESTADO DA PALESTINA